إدارة العقود الهندسية وعقود
التشييد
الكتاب الأول

التخطيط للعقد

إدارة المخاطر - الجوانب القانونية - التزامات الأطراف

المؤلف
أ.د/ سامي محمد فريج
أستاذ الهندسة المدنية
جامعة الكويت

الكتـــــــاب: التخطيط للعقد: إدارة المخاطر- الجوانب القانونية - التزامات الأطراف

المؤلـــــــف: أ.د. سامي محمد فريج

رقـــم الطبعـــة: الثانية

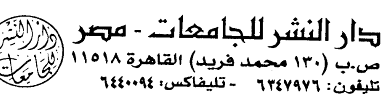
تـاريخ الإصــدار: ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

حقـــوق الطبـــع: محفوظة للمؤلف

رقـــم الإيـــداع: ٢٠٢٠٠/ ٢٠٠٥

الترقـيم الـدولي: ISBN: 977-5365-85-6

الكـــــــود: ٣/٣٨٨



darannshr@link.net

إدارة العقود الهندسية وعقود التشييد

الكتاب الأول

التخطيط للعقد

إدارة المخاطر - الجوانب القانونية - التزامات الأطراف

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ﷺ، قال الله تعالى في محكـم تنزيلـه ﴿فَأَمَّا ٱلزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَآءً ۖ وَأَمَّا مَا يَنفَعُ ٱلنَّاسَ فَيَمْكُثُ فِى ٱلْأَرْضِ ۚ﴾ [الرعد:١٧].

قال رسول الله ﷺ في حديثه " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثـلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له".

وقال ﷺ " خير الناس أنفعهم للناس".

أسأل الله العلي القدير أن يجعل هذا العمل عمل ينتفع به لكل من اطلع عليه كما نساله الأجر والثواب .

(ومانوفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب)

(ونسأل الله العلي القدير القبول ومن القارئ الدعاء)

أ.د. مهندس / سامي محمد فريج

أستاذ الهندسة المدنية

جامعة الكويت

يتقدم المؤلف بجزيل الشكر لمن ساهم في إعداد وطباعة هذا الكتاب :

الأستاذ الدكتور / إبراهيم الدسوقي أبوالليل لسماحه باستخدام أجزاء كثيرة من كتبه القيمة في هذا الكتاب والذي كان له بالغ الأثر في تنظيم الكتاب .

ونخص بالذكر السادة المستشارين الذين قاموا بمراجعة الأجزاء القانونية في الكتاب وهم :

١- المستشار / شوقي علي رزق نصار (رئيس قطاع قانوني بالشركه القابضة للتجارة)

٢- المستشار / محمد عبدالمؤمن نعينع المحامي بالنقض والإدارية العليا

٣- المستشار / أحمد حلمي محمد محمود حلمي

(الرئيس السابق لمحكمة استئناف القاهرة).

كذلك نتقدم بالشكر للسادة الذين قاموا بإعداد و طباعة هذا الكتاب وهم :

المهندس / فتح الله فريج سليم

المهندس / هشام محمود

أخصائي حاسب آلي / عبد الحميد محمد سليم

الأستاذ / محمد جمال عباده

الأنسة / ريتان شرف الدين

مقدمة

تتصف مشاريع التشييد الحديثة بصفة عامة بالتعقيد وبالتالي فإنها تحتاج إلي تضافر جهود الكثير من الأطراف لإنجازها، وهذه الأطراف عليها التزامات ولها حقوق مما يجعل الأمور متداخلة ومتشابكة لذا فإنه من الضروري حتى يتم العمل وفقاً لما هو مخطط له يجب أن تدرك كافة الأطراف ما لها من حقوق وما عليها من التزامات .

وهذا الفهم بين الأطراف هو أساس قيام كل منهم بمسئولياته وكذلك تلافي حدوث الخلاف والنزاع الذي قد يؤثر سلباً على كلفة المشروع وإمكانيات نجاحه ومدته. ولذا فمن الواجب أن يقوم كل من المهندسين ومدراء العقود بفهم الإطار القانوني الذي يعملون من خلاله وفهم الالتزامات الواجبة عليهم والحقوق التي لهم. ومن الشائع أيضاً في قطاع التشييد أن الأطراف تقوم بإحداث تغييرات في الأعمال المطلوبة مما يقتضي في كثير من الأحيان تعديل العقد وتحديد الالتزامات الجديدة بوضوح، ويتبع ذلك في معظم الأحيان تعديل في قيمة العقد ومدته، ويجب أن يكون ذلك على أسس سليمة ومدروسة ومعروفة لدى الأطراف وذلك تلافياً لأي نزاع وحدوث مشاكل تؤثر تأثيراً سلبياً على كافة الأطراف.

فالمشروع يمر بمراحل عديدة كما سوف يتم إيضاحه بالتفصيل في هذا الكتاب، أولاً مرحلة التخطيط والدراسة حيث يحدد رب العمل احتياجاته ويحدد الميزانية والإمكانيات المالية التي يحتاجها المشروع ثم يلجأ بعد ذلك إلي المتخصصين وذلك لصياغة هذه الاحتياجات في صورة مستندات يمكن أن تكون أساساً للتعاقد بين مختلف الأطراف التي سوف تساهم في العمل. وهذه الأطراف تكون في العادة من المقاولين ومقاولي الباطن وموردي المواد والمعدات ومهندس الإشراف ومكتب إدارة المشروع والجهات التمويلية وكذلك شركات التأمين والجهات الضامنة إلي جانب الجهات المستفيدة أي الجمهور بصفة عامة الذي سوف يقوم باستعمال ما يتم إنجازه. لذا فإنه يجب على من يقوم بتجهيز المستندات التعاقدية الدراية بدور الأطراف المختلفة واحتياجاتها حتى يمكن أن يصيغها بشكل واضح، وبناء عليه يحدد لكل طرف ماهية التزاماته وماهية حقوقه و المقابل الذي يمكن أن يحصل عليه، كما أن إعداد المستندات التعاقدية جوهرها هو توزيع المخاطر بين الأطراف و كيفية إداراتها حتى يكون كل

طرف على بينه مما هو مقدم عليه وما هو مطلوب منه و يتعهـد بالالتزامـات التي بإمكانه القيام بها.

فتوزيع المخاطر يجب أن يكون بشكل يتوافق مع القوانين المعمول بها حيث أن هذه القوانين قد تحدد تصوراً معيناً في توزيع الالتزامات والمخـاطر علـى الأطراف كما سيتم إيضاحه،لذا فمن الواجب على من يقوم بإعداد هذه المستندات أن يكون على دراية بذلك حتى لا يعد مستندات تكون متعارضة مـع القـوانين المعمول بها مما قد يؤدي إلي بطلانها.

وبعد إعداد المستندات التعاقدية التي يجب أن تكون متوافقة مـع القـوانين المعمول بها وتعبر بصدق عن نوايا الأطراف وعن الأسلوب الذي سوف يـتم إنجاز العمل به وإدارته تأتي المرحلة التالية وهي اسـتخدام هـذه المـستندات للحصول على عروض من مختلف الجهات التي يمكن أن تقوم بالعمل ثم اختيار أفضل هذه العروض والقيام بالإجراءات اللازمة لإعداد العقود مع هذه الأطراف والتوقيع عليها وهذه المرحلة يجب أن تتم أيضاً وفقاً للقوانين المعمول بها، ووفقاً لمصلحة رب العمل مع ضرورة الإختيار بين استراتيجيات التعاقـد المختلفـة وتقييم البدائل التي يمكن أن تمكنه من إنجاز المشروع وفقاً للأهداف المرجـوة منه. ويتبع مرحلة التعاقد مرحلة البدء في إنجاز الأعمال أي مرحلة التـشييد إذا كان محل العقد هو تشييد أعمال وتعد هذه المرحلة من أهم المراحل نظراً لأنها المرحلة التي يتم فيها الإنفاق المالي بشكل مكثف. ويجب أن تكـون التزامـات الأطراف واضحة و أسلوب الإدارة كذلك. ويجب أن يعلم كل طرف ماله ومـا عليه لتلافي النزاعات التي قد تنشأ أثناء هذه المرحلة وهي أيـضاً تتطلـب أن يكون مديرُ العقود على دراية بالأسلوب السليم لحل النزاع وأن يكونوا على فهم بالحقوق والالتزامات للأطراف المعنية حتى لا يكون قرارهم مبني على أسـس خاطئة مما قد ينتج عنه تفاقم نزاعات ومشاكل تضر بالمشروع أو برب العمـل أو بأي أحد من الأطراف.

وفي نهاية هذه المرحلة يتم إقفال العقد أي الانتهاء منه والذي يجب أن يـتم بشكل مرضي للأطراف ولكن هذا ليس بالضرورة هو السائد ففي كثيـر مـن الأحيان تكون هناك أمور معلقة يجب الانتهاء منها بشكل يتوافق مع الالتزامات الواردة بين الأطراف وموافقاً للقوانين السارية على العقد. ففي هـذه المرحلـة يجب أن يكون مدير التشييد على دراية بكيفية حل هذا الخلاف أو النزاعات التي تنشأ عنه. وهذا الدور لمدير التشييد و المهندس في مراحل المشروع المختلفـة

هو تطبيق العقد وأداؤه لا يغني عن وجود قانونيين متخصصين لتناول أموره القانونية إذا اقتضى الأمر، لذا يجب أن يكون لدى المهندس أو مدير التشييد فهم عام للإطار القانوني الذي يحكم نشاطه حتى يمكن أن يؤدي ذلك النشاط بشكل فعال، وأي عمل تغلب عليه الصفة القانونية ، فدوره هنا هو دور إداري على أن تكون هذه الإدارة وفقاً للإطار القانوني ووفقاً للالتزامات التعاقدية بين الأطراف.

إلا أن بعض العقود تعطي المهندس أو القائم على العمل باعتباره مديرا للمشروع بعض صلاحيات حل النزاع الذي قد ينشأ بين الأطراف ويجب أن يكون هذا الحل وفقاً للعقود المبرمة بينهم ووفقاً للمبادئ القانونية العامة التي سوف نحاول أن نوضحها في هذا الكتاب. فهذا الكتاب ليس مرجعاً قانونياً للمحامين أو العاملين في قطاع العدالة فهذا خارج إمكانيات المؤلف وأهدافه. وإنما هو في حقيقة الأمر شرح لمدراء العقود والمهندسين للمبادئ الأساسية اللازمة حتى يقوموا بالمهام المنوطة بهم خلال مراحل المشروع المختلفة، فإذا طرأت أمور شعر المهندس فيها أن مدير التشييد أو المهندس ليس مؤهلاً لها يجب الإسراع بعرضها على القانونيين المتخصصين. فدور مدير التشييد هو تصميم العقد وتحديد الاستراتيجيات وإعداد المستندات التعاقدية وكلما كان له دراية بالإطار القانوني كلما قام بذلك بشكل جيد وفعال. ثم بعد ذلك له أن يفهم العقود وأيضاً يكون له القدرة على حل النزاعات التي تنشأ خلال التنفيذ تلافياً لتفاقمها الذي قد يكون له نتائج سلبية على سير العمل. لذلك فإنه يجب بعد إعداد هذه العقود أن تراجع مراجعة دقيقة من قبل متخصصين في القانون لضمان سلامتها من الناحية القانونية وضمان توافق الشروط والضوابط والإجراءات مع المبادئ القانونية العامة والخاصة بالعقود ونوعيتها وذلك قبل التوقيع عليها وليس بالضرورة في كافة المشاريع أن يكون من مهام مدير العقد إعداد العقد وكتابته وفقاً لاحتياجات رب العمل أو احتياجات من يمثله لأنه في كثير من الأحيان يكون هناك عقد نموذجي معد مسبقاً وهذا العقد يتم الالتزام به لذا يجب في هذه الحالة أن يكون مدير التشييد أو المهندس على إلمام بتبعات البنود المكتوبة في مثل هذه العقود وما يتبع ذلك من التزامات قد تنعكس في الاحتياجات المادية والموارد اللازمة للوفاء بها ، ومدى موائمة العقود النموذجية المكتوبة مسبقاً لظروف الأطراف وحاجاتهم ومسايرتها للمبادئ القانونية المشروعة والصحيحة وقد ينتج عن المنازعات مشاكل تتطلب اللجوء إلي القضاء الأمر الذي قد يؤدي إلي وجوب المراجعة القانونية.

ونظراً لما ينتج من المشاكل في حالة اللجوء إلي التقاضي من سوء في العلاقات بين الأطراف وإهدار للموارد المالية وتأخير في إنجاز الأعمال، فقد أصبح من الضروري التركيز بشكل كبير على قدرة مدير التشييد أو المهندس علي الفهم الجيد للالتزامات التعاقدية والتأكد من أن كل الأطراف تقوم بواجبها وفقاً لما هو متفق عليه وأن يكون له القدرة على حل المنازعات التي تنشأ بشكل سريع وفعال وأيضاً من الناحية القانونية أن يتضمن العقد نفسه طرقاً لحل النزاع بشكل فعال وغير مكلف وهو ما يطلق عليه بند الفصل في المنازعات وأن تصاغ هذه العقود بشكل يحد من الغموض ويحد من العناصر السلبية التي ينشأ عنها الخلاف والنزاع وهذا أيضاً يقتضي فهم جيد للإطار القانوني العام الذي تتم العقود في داخله وبشكل عام فإن الهدف من الكتاب هو:

أولاً: إعداد المهندس أو مدير التشييد للقيام بدوره كمصمم للعقد ومعد للمستندات التعاقدية اللازمة.

ثانياً: أن يتمكن من القيام بدوره كمدير للتشييد بأن يقوم على إدارة العقد بشكل يساعد الأطراف على القيام بالتزاماتها ويكون له القدرة على حل النزاعات التي قد تنشأ بشكل جيد مما يؤثر ايجابياً على سير العمل.

ثالثاً: عند إنهاء المشروع يكون له القدرة على حل النزاعات التي تكون قد نشأت في خلال فترة التنفيذ وبشكل يتوافق مع الإطار القانوني والإطار التعاقدي الذي يتم فيه العمل المعني ويحتوي هذا الكتاب عدة فصول:-

يتضمن الفصل الأول شرحاً للدورة الحياتية للمشروع والمراحل المختلفة التي يمر بها ويتضمن الفصل الثاني شرحاً للمخاطر التي يمكن أن تعترض المشاريع وكيفية إدارة هذه المخاطر. وأهمية أن يكون أسلوب التوزيع والإدارة يتوافق مع القوانين المعمول بها ويتضمن الفصل الثالث شرحاً مختصراً للإطار القانوني الذي يمارس فيه المهندس عمله وذلك في البلاد العربية بصفة عامة ثم يتضمن الفصل الرابع أخلاقيات المهنة تبعا للرؤية الإسلامية والقانونية وكذلك أخلاقيات المهنة من وجهة النظر العالمية والفصل الخامس يتناول شرح مختصر لماهية الحقوق وفقاً للتقسيمات السارية في العلوم القانونية و يتبع ذلك الفصل السادس الالتزامات الشائعة في مجال التشييد ويتم التركيز على الالتزامات التعاقدية وخاصة في عقد المقاولة وفقاً للشريعة الإسلامية حيث أنه الأكثر شيوعاً في مجال التشييد والذي يهم المهندس أو مدير التشييد وجميع الأطراف المشتركة ويتناول الفصل السابع الالتزامات من وجهة نظر القوانين المدنية

ويتناول الفصل الثامن شرح التزامات المقاول الرئيسي والمقاول مـــن البـــاطن وكذلك رب العمل وينتهي الكتاب بالفصل التاسع الذي يتناول كيفية انقضاء عقد المقاولة ونأمل أن نضع الصورة الصحيحة من الناحية القانونية والعملية والتـــي تساعد المهندس وجميع الأطراف على إنجاز الأعمال المـــسندة إلـــيهم بنجـــاح وبالصورة التي تتوافق مع المبادئ القانونية العامة والخاصة والله نسأله التوفيق وهو خير معين،،



الفصل الأول
الدورة الحياتية للمشروع

محتويات الفصل:

مـقـدمـة:

تمر مشاريع التشييد بمراحل مختلفة قد تختلف من مشروع إلى آخر حيث إن من خصائص وطبيعة مشاريع التشييد أن كل مشروع يعد فريداً من نوعه ، والمراحل الأساسية للمشروع تعكس أطواراً معينة تمر بها معظم المشاريع وليس بالضرورة أن بداية مرحلة تمثل نهاية المرحلة السابقة لها ولكن في كثير من الأحيان تتداخل هذه المراحل ، ولكي يمكن إدارة كل مرحلة من المراحل بفاعلية لتحقيق الأهداف المرجوة من المشروع فإنه يجب التعرف على العناصر الأساسية والأنشطة الخاصة بكل مرحلة وعلى المخرجات المتوقعة عند نهايتها ومن المتعارف عليه أن عدد هذه المراحل هي ستة مراحل وأنها تشكل ما يسمى "بالدورة الحياتية للمشروع" The Life Cycles of Project وهي كما يلي :

١- مرحلة الفكرة ودراسة الجدوى والتخطيط المبدئي للمشروع
Concept, Feasibility Studies and Planning Stage

٢- المرحلة الهندسية والتصميم (إعداد المستندات التعاقدية)
Engineering and Design Stage

٣- مرحلة التوريد — Procurement

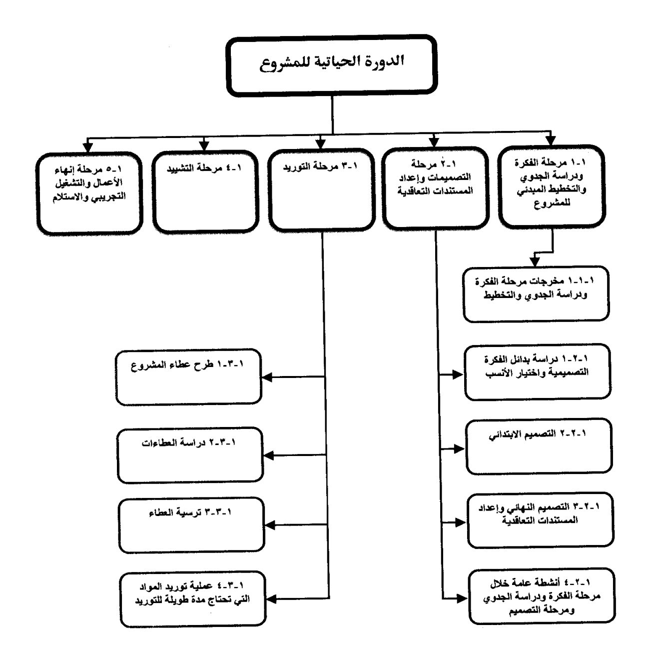
٤- مرحلة التشييد — Construction Stage

٥- مرحلة الإنجاز والتشغيل وتسليم المشروع.
Project Completion, Commissioning and Hand-Over

٦- مرحلة التشغيل والصيانة
Operation or Utilization and Maintenance Stage

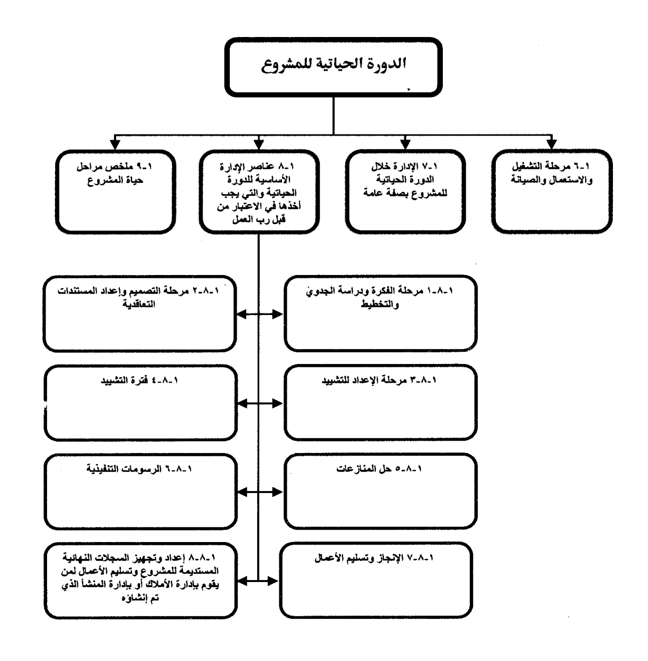
وسوف نستعرض هذه المراحل كل على حده من حيث خصائصها وطبيعتها وكذلك التزامات الأطراف الرئيسية التي تقوم بالعمل أثناء كل مرحلة والمخرجات المتوقعة عقب هذه المرحلة. ثم نتطرق للمشاكل التي قد تطرأ في كل مرحلة بشكل موجز في اقتراحات عن كيفية التغلب عليها.

وسوف يتناول هذا الفصل الموضوعات التي توضح للمهندس مختلف الجوانب المتعلقة بالدورة الحياتية وفقاً للشكل التوضيحي التالي (١-١).



الدورة الحياتية للمشروع
١-١ مرحلة الفكرة ودراسة الجدوي والتخطيط الميدني للمشروع
١-٢ مرحلة التصميمات وإعداد المستندات التعاقدية
١-٣ مرحلة التوريد
١-٤ مرحلة التشييد
١-٥ مرحلة إنهاء الأعمال والتشغيل التجريبي والاستلام
١-١-١ مخرجات مرحلة الفكرة ودراسة الجدوي والتخطيط
١-٢-١ دراسة بدائل الفكرة التصميمية واختيار الأنسب
١-٢-٢ التصميم الابتدائي
١-٢-٣ التصميم النهائي وإعداد المستندات التعاقدية
١-٢-٤ أنشطة عامة خلال مرحلة الفكرة ودراسة الجدوي ومرحلة التصميم
١-٣-١ طرح عطاء المشروع
١-٣-٢ دراسة العطاءات
١-٣-٣ ترسية العطاء
١-٣-٤ عملية توريد المواد التي تحتاج مدة طويلة للتوريد

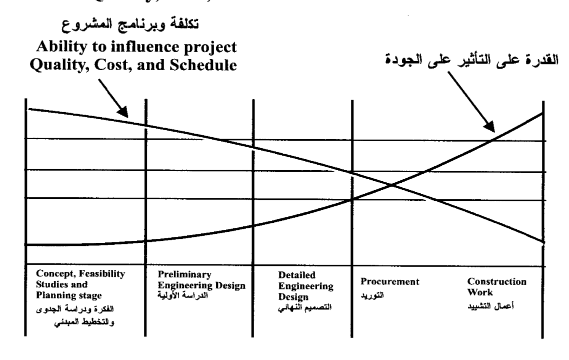
شكل (١-١-أ)


الدورة الحياتية للمشروع
١-٦ مرحلة التشغيل والاستعمال والصيانة
١-٧ الإدارة خلال الدورة الحياتية للمشروع بصفة عامة
١-٨ عناصر الإدارة الأساسية للدورة الحياتية والتي يجب أخذها في الاعتبار من قبل رب العمل
١-٩ ملخص مراحل حياة المشروع
١-٨-١ مرحلة الفكرة ودراسة الجدوىَ والتخطيط
١-٨-٢ مرحلة التصميم وإعداد المستندات التعاقدية
١-٨-٣ مرحلة الإعداد للتشييد
١-٨-٤ فترة التشييد
١-٨-٥ حل المنازعات
١-٨-٦ الرسومات التنفيذية
١-٨-٧ الإنجاز وتسليم الأعمال
١-٨-٨ إعداد وتجهيز السجلات النهائية المستديمة للمشروع وتسليم الأعمال لمن يقوم بإدارة الأملاك أو بإدارة المنشأ الذي تم إنشاؤه

شكل(١-١-ب)

ويوضح الشكل (١-٢):

أهمية تحديد متطلبات المشروع في المراحل الابتدائية أو الأولية للعمـل و حيث أنه كلما كان هذا التحديد مبكراً كانت كلفتـة منخفـضة وتـأثيره علـى المشروع عالياً بينما إذا تركت الأمور لمراحل متأخرة فإنه في هذه الحالة تكون كلفة أي تعديل عليه عالية و يكون تأثيرها على البرنامج ذو مردود محدود.



١-١ المرحلة الأولى – مرحلة الفكرة ودراسة الجدوى والتخطيط المبدئي للمشروع:-

Concept, Feasibility Studies and Planning Stage

يطلق على هذه المرحلة أحياناً مرحلة ما قبل التصميمPre-Design Stage وفي هذه المرحلة يتم تحديد مدى الاحتياج للمشروع لأنه قبل البدء في أي مشروع لابد أن يكون هناك احتياج لهذا المشروع وأن يؤدي غرضاً معيناً وأن تحدد أهداف هذا المشروع Project Objectives قبل الشروع في أعمال التصميم أو أعمال التنفيذ ويكون التركيز في هذه المرحلة على عناصر الدراسات الفنية والدراسات التسويقية والجدوى الاقتصادية من المشروع .

بحيث تشمل هذه المرحلة تحديد أهداف المشروع وتوصيف النواحي الفنية بشكل عام وتقدير التكلفة الأولية وتحديد الجدوى الاقتصادية بالإضافة إلي تقييم مدى تأثير المشروع على البيئة المحيطة والالتزام باللوائح الخاصة بالتنظيم والقوانين السارية.

ويجب الأخذ في الاعتبار جميع العناصر المتعلقة بمكان المشروع من حيث قربها من موارد العمالة وتوفر العمالة اللازمة لتشغيل المشروع وكذلك المواد الخام اللازمة للمشروع وسهولة وصولها للموقع والمواصلات والطرق المؤدية إلى مكان المشروع و مدى توفر مصادر الطاقة والمياه اللازمة وشبكات الصرف وطرق الاتصال المختلفة إلى جانب أي عوامل سياسية أو اقتصادية أخرى قد تؤثر على المشروع المقترح .

وغالباً ما يقوم بإدارة هذه المرحلة رب العمل، فهو الذي يحدد احتياجاته وقد يحتاج إلى مساعدة بعض الاستشاريين وذلك لتجميع البيانات اللازمة للمشروع وتحليلها وتحديد الميزانية التقريبية وكذلك دراسة التكاليف والعوائد المالية المتوقعة من المشروع Financial Project Costs and Returns. وفي كثير من الأحيان يستعين المالك في هذه المرحلة بمهندس أو معماري لتحديد الجوانب الفنية إذا كان المشروع بناءً، أو متخصصين في اقتصاديات التشييد لتحديد ميزانية المشروع ومدة التنفيذ وكذلك تحديد مستوي الجودةQuality المطلوبة للمشروع.

كما يتم أيضاً في هذه المرحلة دراسة مختلف البدائل Alternatives والتي تحقق الغرض من المشروع وتوفي باحتياجات المالك وتأثير كل بديل على التكلفة وزمن التنفيذ مع إجراء دراسة مبدئية للمخاطر Risk Study .

والنتائج الأساسية من هذه المرحلة هي تحديد وتوصيف احتياجات رب العمل وكذلك الميزانية اللازمة للوفاء بهذه الاحتياجات إلى جانب وضع الإطار الزمني وتحديد الجودة المطلوبة. كذلك دراسة أي عوامل سياسية أو مخاطر وتحديد كيفية إدارتها ودراسة تأثير المشروع على الأحوال المحلية والبيئية والحصول على أي موافقات من الجهات المعنية لضمان الالتزام بالقوانين واللوائح السارية والمتعلقة بالمشروع.

ويدرس أيضاً في هذه المرحلة طرق التشييد المقترحة وتحليلها لتحديد أي مشاكل محتملة في أثناء التشييد ويضع تصوراً عاماً لتأمين الموارد المطلوبة وتحليل الموارد المتاحة ويتم تحديد الإطار الزمني اللازم وكيفية التحكم في التكلفة والوقت.

ويتم وضع تصور عام لكيفية التحكم في الجودة واختيار الدعم التقني اللازم مثل إنشاء إدارة نظم للمعلومات اللازمة لتجميع وتحليل وتقييم المعلومات والبيانات المتعلقة بالمشروع واللازمة لإدارته والتحكم فيه

Project Information and Control Systems وتطوير إطار وبرنامج عام لإدارة المشروع وتحليل ودراسة المخاطر وتطوير إستراتيجية لإدارة هذه المخاطر بما في ذلك كيفية اختيار المقاولين .

١-١-١ مخرجات مرحلة الفكرة ودراسة الجدوى والتخطيط: Phase Outcome

مخرجات هذه المرحلة كما يلي :

١- تحديد الشكل المطلوب لإدارة ومتابعة المشروع

Finalize Management Control System

من أهم التزامات رب العمل هو تحديد الأسلوب اللازم لإدارة المشروع وإعداد الجهاز الفني اللازم للقيام بالأعباء الإدارية لضمان كفاءة اتخاذ القرارات اللازمة لدفع العمل بكفاءة في مختلف مراحل المشروع و تحديد أسلوب الإدارة و توفير الكوادر اللازمة للقيام بالأعباء المطلوبة، ويتم تعيين هذا الجهاز كفريق عمل تابع لرب العمل أو تعيين أحد الشركات المتخصصة في إدارة مشاريع التشييد للقيام بهذا الدور ويكون ذلك إما بالإسناد المباشر لمن يرى فيه الكفاءة أو

عن طريق جلب العروض الفنية و المالية من الشركات المتخصصة فـــي إدارة مشروعات التشييد والاستعانة بأكثرها كفاءة.

٢- تقدير الميزانية الأولية للمشروع Develop Conceptual Budget

هذه الميزانية تقديرية حيث إن المعلومات المتاحة عن المشروع غير كافية لتحديد ميزانية دقيقة و مفصلة حيث مازال المشروع في مراحله الأولية وهناك احتمالات مستقبلية قد تؤثر على شتى العناصر و لا يمكن توقعها بدقـــة عاليـــة وهذه الميزانية تؤخذ كبداية يتم تحديثها وتنقيحها باستمرار وفقاً للمستجدات التي تطرأ على المشروع في مراحله المختلفة.

٣- البرنامج الزمني المبدئي اللازم للتنفيذ

Develop Conceptual Schedules

يجمع هذا البرنامج بين رغبة أو تصور المالك للإطار الزمني الذي يحتاجه والمدة الزمنية المقبولة فنياً لمثل هذا المشروع مع الأخذ في الاعتبار المـــوارد المتاحة والتقنية المستعملة وتدفق السيولة المتوقعة من قبل المالـــك وإمكانياتـــه المالية والفنية .

٤- خطة ضبط الجودة والتحكم

Develop Conceptual Quality Plan

لا شك أن رب العمل سوف يكون له متطلبات فيما يتعلق بالجودة من حيث مستوى التشطيبات والمواد المستعملة ومستوى المصنعية اللازمة للمشروع فهذه على سبيل المثال تختلف من مشروع إلى آخر ، ويجب في هذه المرحلة وضع تصور لكيفية ضبط الجودة والتحكم فيها حيث يكون لهذا النظام أثر كبير علـــى التكلفة وكذلك المدة الزمنية.

٥- دراسة العلاقة بين التكلفة وزمن التنفيذ

Time-Cost Trade-Off Studies

من المتعارف عليه أن تكلفة المشروع تتأثر إلى حد كبير بالمـــدة الزمنيـــة المتاحة لإنجازه فكلما قلت هذه المدة كلما زادت التكلفة المتوقعة ومـــن ناحيـــة أخرى فإن لصاحب العمل أو للمالك نفع ومصلحة في الإنجاز المبكر للمشروع ويجب أن يوائم رب العمل بين المبالغ الإضافية التي يتحملها نتيجـــة الإنجـــاز المبكر والمردود المتوقع نتيجة التوفير في المدة الزمنية ثم يتخذ القـــرار الـــذي

يحقق مصلحته ، وذلك بدراسة البدائل المقترحة وتكلفة كل بديل ومدة الإنجاز المقترحة حتى الوصول إلى الزمن الأمثل للتنفيذ وهو الذي يحقق أقل تكلفة .

٦- تقييم البدائل Review Alternate Concepts

يمكن أن يكون هناك أكثر من بديل لتلبية احتياج رب العمل فعلى سبيل المثال يمكن بناء المبنى من الخرسانة المسلحة أو الهياكل المعدنية أو خرسانة سابقة التجهيز وكذلك هناك بدائل كثيرة فيما يتعلق بشكل المبنى ومواد التشطيبات إلى آخره ، ويجب دراسة هذه البدائل من حيث توفر المعدات وتكلفتها والعمالة اللازمة لتشغيلها ومستوى التقنية المطلوب وتأثير ذلك على الجودة والوقت والتكلفة.

٧- تحليل ودراسة المخاطر Risk Analysis Studies

هناك كثير من المخاطر قد يتعرض لها المشروع سوف يتم الإشارة إليها بالتفصيل في الفصل القادم ويحدد أسلوب إدارتها حتى لا تؤثر سلبياً على المشروع.

٨- دراسة الظروف المحلية Investigate Local Conditions

المقصود بالظروف المحلية ظروف المناخ والعمالة وتوفر المواد اللازمة وطرق المواصلات وأي عوامل سياسية أو اجتماعية أو بيئية يكون لها تأثير على المشروع وكذلك اللوائح والقوانين السارية ذات العلاقة بالمشروع من التزام وتوافق المشروع معها.

٩- تحديد مشاكل التشييد المتوقعة

Identify Potential Construction Problems

يحتاج هذا الأمر إلى خبرة ودراية بمشاريع سابقة من حيث ما واجهها من مشاكل ثم فهم لطبيعة الظروف المحلية وما ينتج عنها من مشاكل سواء من حيث توفير الموارد المالية والعمالة والمعدات أو المشاكل المتعلقة بموقع المشروع وظروف التربة أو المتعلقة بجهاز الإشراف أو المالك وكذلك مقاولي الباطن والموردين أو وجود عوائق في موقع التشييد تحتاج إلى بذل جهود للتعامل معها.

١٠- إنشاء خطة لتأمين وتحليل الموارد اللازمة

Develop Resources and Analyze Available Requirements

بعد دراسة العناصر السابقة من حيث الميزانية والمدة الزمنية والجودة وتحديد البدائل العملية ودراسة المخاطر والظروف المحلية وطرق التشييد والمشاكل المتوقعة يجب عمل خطة لتأمين الموارد المطلوبة في ظل هذه المعطيات وتقييم مدى توفر هذه الموارد ، وأهمها الموارد المالية Cash Requirements ودراسة تدفق السيولة المطلوبة لضمان سير العمل وتأمين هذه الاحتياجات.

١١- تطوير نظام لإدارة المعلومات

Develop Management Information Systems

لقد أحدثت ثورة المعلومات وتقنية الحاسوب واستعمال الإنترنت ثورة في مجال المعلومات وأصبح من الممكن الآن تطوير نظام لتجميع المعلومات اللازمة للتحكم في المشروع وتطوير أنظمة دعم القرارات للوصول إلى القرار الأمثل دون تأخير ، وذلك لضمان التحكم في مدة وجودة المشروع وتكلفته ومتابعة المشروع لضمان سيره على الخطة الموضوعة ويجب وضع معالم هذا النظام في هذه المرحلة وتوفير الموارد اللازمة لإنشائه. ولقد شهدت السنوات الأخيرة ثورة في نظم المعلومات ووجود كثير من البرامج الجاهزة التي يمكن استعمالها في خلق نظام للتحكم في المشروع بكفاءة عالية ويجب المقارنة بين مختلف النظم والبرامج الجاهزة المتاحة واختيار أنسبها للمشروع قيد الدراسة وكذلك تحديد الأجهزة اللازمة والجهاز الفني اللازم لتشغيل نظام المعلومات اللازم لإدارة العمل.

١٢- إنشاء نظام للتحكم في الجودة

Develop Quality Control Programs

من الأهداف الأساسية لرب العمل الحفاظ على مستوى معين من الجودة ولذا يجب في هذه المرحلة وضع تصور لكيفية ضبط الجودة في المشروع.

١٣- تحديد نظام للتحكم في المشروع

Formalize Project Control Systems

هناك عناصر أساسية يجب وضع نظام للتحكم فيها ومتابعتها وهي البرنامج الزمني وبيان مدى تقدم العمل وفقاً لهذا البرنامج وكذلك مراقبة التكلفة

الفعلية ومقارنتها بالتكلفة المقدرة وكذلك نظام متابعة الأنشطة وتوثيـق وحفـظ المستندات والمراسلات التي تنشأ في أثناء القيـام بالمـشروع وإعـداد نظـام لتجميعها وتصنيفها واسترجاعها عند اللزوم وكذلك النظام التفصيلي للمـستندات اللازمة لضبط وتوثيق الجودة .

١٤- الشروط المرجعية Terms of Reference

يتم إعداد الشروط المرجعية للمشروع والتي تحتوي على توصـيف عـام للمشروع قيد الدراسة وبيانات عن موقع المشروع ومتطلبات رب العمل ومجال العمل المطلـوب Scope of Work وبرنـامج المـساحات Space Program المطلوبة في المشروع في حالة أعمال المباني والحزم التعاقدية المطلوبة إذا كان لها مقتضى وإخراج التصميم النهائي ومستندات العطاءات واشتراطات مراحـل أعمال التصميمات ومراحله والمخرجات المطلوبة لكل مرحلة والميزانية المقدرة للمشروع والحزم التعاقدية المطلوبة لتقسيم مستندات العطاءات والتصميم النهائي طبقاً لها ، وذلك لطرحها على استشاريين أعمال لاختيار أنسب العروض.

١٥- دراسة أساليب التعاقد المختلفة

Investigate Alternate Bidding Contract Methods

هناك كثير من البدائل التي يمكن طرح العطاءات بها مثل :

أ) أن يكون المشروع قائماً على سعر إجمالي ثابت مقطوع حيـث يتعهـد المقاول بإنجاز الأعمال وفقاً لوقت محدد وبمبلغ ثابت مقطوع أو يمكن اللجـوء إلى عقود المقايسة حيث يتم الدفع وفقاً للأعمال المنجزة بناء على فئات أسـعار متفق عليها مسبقاً.

ب) عقود التسليم والإنشاء أي أن يتعهد المقاول بالتصميم والبناء ولا شـك أن كل مشروع له ظروفه التي قد تجعل أحد هذه الأساليب هو الأنسب ، ويعتبر هذا العنصر من العناصر الرئيسية في إنجاح المشاريع وهي اختيار طرق التعاقد التي تلاءم ظروف المشروع و يجب تحديد هذا الأسلوب في هذه المرحلة.

١٦- إعداد وعرض التقرير المفصل عن هذه المرحلة

Publish the Work Plan

بعد أن يتم تناول وإعداد كافة الجوانب السابقة يجب إعداد تقرير مفصل بها وعرضه على كافة الأطراف المعنية لأخذ ردود أفعالهم وآرائهم ثم الوصول إلى نظام يحظى برضاء كافة الأطراف المعنية والتعهد بالتعاون لإنجاحه.

١-٢ مرحلة التصميمات وإعداد المستندات التعاقدية:-

Engineering Design and Production of the Construction Documents Stage:-

مرحلة التصميمات و إعداد المستندات التعاقدية تتبع مرحلة الفكرة ودراسة الجدوى والتخطيط – وتبدأ بعد ترسية أعمال التصميمات على أحد الاستشاريين طبقا للشروط المرجعية كما ذكر سابقاً – وغالباً ما تنقسم مرحلة التصميمات إلى المراحل الآتية:

١-٢-١ دراسة بدائل الفكرة التصميمية واختيار الأنسب :-

Concept Design Alternative and Selection / Refinement of Selected Concept Design:-

يطلق على هذه المرحلة أحياناً مرحلة ما قبل التصميم الابتدائي وفي هـذه المرحلة يتم تجميع وتحليل البيانات الرئيسية للتصميم وأخذ الموافقة النهائية من المالك على برنامج المساحات ، وتقدم البدائل المعمارية والهندسية المختلفة التي تحقق متطلبات المالك وتتوافق مع الشروط المرجعية التي تـم إعـدادها فـي المرحلة السابقة في حالة مشروعات المباني مثلاً تحتوي مخرجات هذه المرحلة على الشكل العام للمبنى والواجهات والأبعاد المبدئية بدون التفاصيل ويتم عمـل المساقط الأفقية المعمارية بشكل واضح single line وكذلك منظور معمـاري لكل بديل بغرض تسهيل عملية اختيار البديل المناسب ويتم تقديم البدائل المختلفة وغالباً ما تكون ثلاث بدائل ويقوم المالك أو من يمثله بالموافقـة علـى البـديل المختار . وبعد ذلك يتم عمل التحسينات Refinement اللازمة علـى البـديل المختار وتكون المخرجات هنا عبارة عن تقرير مدعم بالرسومات ويحتوي على المخططات الهندسية أيضا ولكن أكثر تفصيلاً وبيـان المعالجـة والتـشطيبات المعمارية للعناصر المختلفة والواجهات والمناسيب والقطاعات المعمارية بدون تفاصيل ، ويتم أيضاً عمل تحليل للمساحات المختلفة للمخططات ، وبيان النظام الإنشائي وطريقة التشييد المقترحة ويتم عمل مخططات للأعمـال الكهربائيـة والميكانيكية وللأنظمة المختلفة في المشروع ولأعمال تنسيق الموقـع وجميـع عناصر المشروع ، ويتم في هذه المرحلة التأكد من عدم تعدي التكلفة المقـدرة المبدئية للمشروع عن نطاق الميزانية المتاحة والمحددة في الشروط المرجعية أو التعديل بموافقة رب العمل، وبعد تقديم تقرير هذه المرحلة والذي يحتوي علـى عناصر تحسين البديل المختار والسابق ذكرها وموافقة المالك أو إبداء ملاحظاته على هذا التقرير يتم الانتقال إلى المرحلة التالية في أعمال التصميم وهي مرحلة التصميم الابتدائي Preliminary Design .

١-٢-٢التصميم الابتدائي:- Preliminary Design

في هذه المرحلة يتم تطوير وتحسين وإبراز التفاصيل للبديل الموافق عليه من المرحلة السابقة والبدء في إنجاز التصميم التفصيلي وكذلك البدء في الدراسة المفصلة لعناصر التكلفة ، وكذلك تحديد الوقت اللازم للإنجاز والجودة المطلوبة ويراجع رب العمل أو من يمثله هذه العناصر للتأكد مما إذا كانت توفي باحتياجاته وفي نطاق إمكانياته المتاحة وفقاً لما تم تحديده في المرحلة السابقة ، ومخرجات هذه المرحلة تحتوي غالباً على العناصر الآتية في حالة كون المشروع مباني:

- التفاصيل المعمارية للمساقط الأفقية والواجهات والديكور واختيار أنواع التشطيبات المختلفة.
- رسومات الموقع العام للمشروع وتنسيق الموقع والإضاءة الخارجية.
- التفاصيل الإنشائية المبدئية وتفاصيل الحسابات.
- التفاصيل والحسابات الأولية للتصميم الميكانيكي والكهربائي والأنظمة المختلفة.
- تأكيد طريقة الطرح وتحديد الحزم التعاقدية Packaging Strategy طبقاً لما تم الإشارة إليه في الشروط المرجعية.
- المواصفات الفنية المبدئية وقائمة الكميات والأسعار المقدرة للبنود المختلفة للتأكد من عدم تجاوز التكلفة بالميزانية المقدرة.
- البرنامج الزمني وخطة العمل المبدئية.

يتم تقديم المخرجات السابقة على هيئه تقرير التصميم الابتدائي إلى رب العمل أو من يمثله للمراجعة وإعطاء الملاحظات أو الموافقة و الاعتماد وذلك قبل الانتقال للمرحلة التالية وهي مرحلة التصميم النهائي وإعداد المستندات التعاقدية اللازمة لطرح المشروع للتشييد.

١-٢-٣ التصميم النهائي و إعداد المستندات التعاقدية:-

Final Design/Working Drawings and Tender Documents:

مرحلة التصميم النهائي هي مرحلة يتم فيها استكمال تصميم مختلف العناصر وتحليلها بالتفصيل الدقيق وفي حالة أعمال المباني تشمل جميع العناصر المعمارية والإنشائية وجميع العناصر اللازمة للتشييد من عناصر كهربائية وميكانيكية وصحية وجميع الأنظمة المختلفة المتعلقة بالمشروع ، وفي

هذه المرحلة يتم إعداد كافة المواصفات والرسومات وجداول الكميات وكذلك شروط العقد وأي مستندات لازمة لطرح المشروع للتشييد Documents Tender Projectومخرجات هذه المرحلة تتمثل فيما يلي (في حالة أعمال المبنى والسابق ذكرها ولكن بشكل نهائي):

- التفاصيل المعمارية للمساقط الأفقية والواجهات والديكور والفرش الداخلي واختيار أنواع وألوان التشطيبات المختلفة ونماذج الفتحات وجميع التفاصيل والرسومات المعمارية.
- الرسومات التفصيلية للموقع العام للمشروع وتنسيق الموقع والإضاءة الخارجية .
- كافة التفاصيل واللوحات الخاصة بشبكة البنية التحتية الداخلة في نطاق المشروع.
- كافة التفاصيل الإنشائية النهائية.
- التفاصيل والحسابات النهائية للتصميم الميكانيكي والكهربائي والأنظمة المختلفة.
- المواصفات الفنية التفصيلية النهائية وقائمة الكميات والأسعار المقدرة للبنود المختلفة للتأكد من عدم تجاوز التكلفة بالميزانية المقدرة.
- البرنامج الزمني وخطة العمل التفصيلية.
- مستند الدعوة إلى العطاء وشروطه وكذلك الشروط الحقوقية العامة والخاصة.
- الموافقات والتراخيص المطلوبة من الجهات الحكومية خلال مرحلة التصميم.

ويجب أن تتوافق مستندات التصميم النهائي مع طريقة الحزم التعاقدية الموافق عليها سابقاً ، وكذلك طريقة طرح العطاء والتعاقد الموصى بها من رب العمل Contract Method ويتم تقديم جميع ما سبق على هيئة تقرير التصميم النهائي ومستندات المناقصة إلى رب العمل أو من يمثله للمراجعة والاعتماد ، وبعد المراجعة واستيفاء جميع الملاحظات من قبل الاستشاري يتم إصدار عدد النسخ المطلوبة للطرح على المقاولين المؤهلين كما سيتم بيانه لاحقاً.

١-٢-٤ أنشطة عامة خلال مرحلة الفكرة ودراسة الجدوى ومرحلة التصميم:-

General Activities:-

هناك العديد من الأنشطة والمخرجات تتم خلال مرحلة الفكرة ودراسة الجدوى ومرحلة التصميم للمشروع وهذه الأنشطة والمخرجات ليس لها وقت محدد ولكن يوجد أفضلية لأدائها في أوقات معينة كما يلي :

١- تحليل عملية القابلية للتشييد و الصيانة

Constructability and Maintenance Analysis

لقد أثبتت التجارب أنه ليس بالضرورة أن يكون التصميم المقترح سهل التنفيذ وسهل الصيانة ، ولا شك أن تبسيط أعمال التشييد وتبسيط الصيانة يكون له آثار إيجابية على سعر المقاول الذي سوف يقوم بهذه الأعمال ، إلا أن هذا التبسيط في أعمال التشييد يجب أن لا يكون على حساب جودة التصميم أو المساس بالغرض الذي تم التصميم من أجله ، وفي كثير من الأحيان قد لا يتوفر لدى المصمم الخبرة بأحدث أساليب التشييد وأرخصها وكذلك طرق الصيانة والأمور المتعلقة بها لذا فإنه من المفيد أن يتم مراجعة أعمال التصميم قبل طرحها على المقاولين من قبل خبراء في أساليب التشييد وطرق الصيانة بغرض الوصول إلى أفضل أساليب التشييد ويتم ذلك بمراجعة مرحلة التصميم الابتدائي ، وعلى أقصى حد تتم الاستفادة من نتائج دراسة القابلية للتشييد وطرق الصيانة المقترحة خلال مراجعة التصميم النهائي .

في بعض الأحيان التي لا تتم فيها الدراسة والمراجعة من حيث القابلية للتشييد والصيانة خلال مرحلة التصميمات ، يمكن أن تتم المراجعة قبل طرح المشروع ويمكن أن يؤدي ذلك إلى تعديل التصميم حتى يعطي كفاءة عالية في التشييد و خفض التكلفة الكلية وتيسير ورفع كفاءة الصيانة إلا أن ذلك يؤدى إلى تأخر عملية الطرح .

٢- إعداد دراسة الهندسة القيمية Value Engineering

الغرض من دراسة الهندسة القيمية هو مراجعة التصميم للتأكد من أن العناصر الموجودة تعطي أفضل قيمة للاستثمار

Best Value for Money فقد يقترح المصمم عناصر مكلفة ويوجد هناك عناصر بديلة لها تؤدي نفس الغرض ولكن بتكلفة أقل ولذا فإنه يجب مراجعة كافة العناصر الداخلة في التصميم من هذا المنطلق و ما إذا كانت تمثل أفضل

قيمة مع الأخذ في الاعتبار الغرض من استعمالها وكذلك مدى استيفائها لاحتياجات رب العمل ثم إعداد تقرير بهذه التوصيات ويعرض على المهندس المصمم للإستفادة منه وتحسين ورفع كفاءة التصميم المقترح وذلك لإعطاء رب العمل أفضل مردود لاستثماره.

ويقوم بهذه العملية فريق عمل متخصص في الهندسة القيمية ويفضل أن تتم في مراحل التصميم المبكرة فكلما تمت في مراحل مبكرة كلما كان ذلك أفضل للمشروع وذلك للإستفادة من نتائج الدراسة في إعداد التصميم.

٣- تأهيل المقاولين Pre-Qualification of Contractors

إن اختيار المقاول الكفء للقيام بالتنفيذ عنصر أساسي في نجاح المشروع ، والهدف من عملية تأهيل المقاولين هو التأكد من الاختيار ويكون الاختيار من أكثر المقاولين كفاءة وقدرة على إنجاز العمل وأن يختار من بينهم أفضل العطاءات وخلال مرحلة إعداد المستندات التعاقدية يقوم رب العمل أو من يمثله بدعوة مجموعة من المقاولين ذوي القدرة التي تتناسب مع حجم العمل المتوقع للمشروع للتقدم بالمعلومات اللازمة لدراسة مدى كفاءتهم للقيام بالعمل المطلوب وهذا ما يسمى بعملية تأهيل المقاولين فيتم طرح كراسة الاستبيانات الفنية والمالية Questionnaire والتي تشتمل على وضع المقاول المالي وإمكانيته الفنية وسابقة أعماله والمراجع التي يرجع إليها للتعرف على سابقة أعماله من مشاريع وأي معلومات أخرى تكون ذات أهمية بالنسبة للمشروع محل الدراسة ويقوم المقاولون بملء هذه الكراسة وتقديمها مع أي بيانات أخرى مرفقة تكون ضرورية ، ويقوم رب العمل أو من يمثله بدراسة وتحليل هذه البيانات وتقييمها واختيار أفضل مجموعة من المقاولين طبقاً لأسس محددة للاختيار وفي العادة في المشاريع الرئيسية يكون العدد المختار في المشاريع الرئيسية الكبيرة في حدود عشرة مقاولين ، ثم يتم دعوتهم لتقديم العطاءات على المشروع ، والفكرة في اختيار عدد في حدود العشرة حيث إنه في العادة لن يتقدم إلى العطاء كل من يتم دعوته فيأمل رب العمل أن يحصل على حوالي ستة عروض جيدة على الأقل يختار أنسبها .

وعملية تأهيل المقاولين يمكن أن تتم خلال أي مرحلة قبل عملية طرح عطاء المشروع وكلما كانت المدة الزمنية بين عملية التأهيل وطرح المشروع للعطاء قصيرة كلما كان ذلك أفضل وذلك حتى لا تتغير ظروف المقاولين المؤهلين عن وقت تقييمهم وتأهيلهم.

وبالمثل يمكن إجراء عملية تقويم للمكاتب الاستشارية Consultant's Pre-Qualification خلال مرحلة الفكرة ودراسة الجدوى لاختيار المكاتب الاستشارية المؤهلة التي يمكن طرح تصميمات المشروع عليها للتقدم بعروضها الفنية والمالية واختيار أفضلها.

٤- إعداد دليل لإدارة المشروع

Finalize Project Procedure Manuals

في المشاريع الكبيرة يتم إعداد دليل لإدارة المشروع يشتمل على كثير من الخطوات والشئون الإدارية للمشروع في شكل نماذج مختلفة تستعمل لتأدية وظائف معينة على سبيل المثال نموذج لشهادات دفعة – نموذج لاعتماد المواد – نموذج لاعتماد مقاولي الباطن – نموذج لتقديم بدائل إلى آخره ، إلى جانب تقديم نماذج وخطوات للأنشطة الرئيسية الحساسة مثل تقييم الأعمال وإعداد الدفعة المالية ، ونماذج لأي مطالبات تنتج عن أوامر تغييريه أو تغيير في الأعمال فيجب إعداد هذا الدليل الإداري حتى يتم التنفيذ وفقاً له وذلك لضمان حسن سير العمل ، وكلما تم إعداد هذا الدليل في مراحل المشروع المبكرة كلما كان ذلك أفضل.

١-٣ مرحلة التوريد:-

في هذه المرحلة يتم طرح ودراسة العطاءات وترسية المشروع على المقاول أو مجموعة المقاولين وفقاً لما هو مخطط له ، ومخرجات هذه المرحلة هي كما يلي :

١-٣-١ طرح عطاء المشروع:- Tendering

يتم فيها طرح المستندات التعاقدية على المقاولين المؤهلين وإعطائهم فترة زمنية معقولة لدراسة العطاء وتقديمه وكذلك تقديم أي كفالات تصحب هذه العطاءات ككفالة العطاء لضمان التزام المقاول بعطائه ، وخلال فترة دراسة العطاء يمكن أن يتم عقد اجتماع مع جميع المقاولين

Pre-Tender Meeting يتم فيه تقديم المشروع محل الدراسة والرد على تساؤلات واستفسارات المقاولين وذلك من قبل رب العمل أو من يمثله ويمكن أن يتم إصدار ملحق للعطاء يشتمل على الرد وعلى توضيح لجميع الاستفسارات المقدمة بطريقة رسمية خلال فترة إعداد العطاء وقبل تقديم العطاء بفترة مناسبة وهذا الملحق يصبح جزءاً من المستندات التعاقدية ويجب أن يرفق المقاولين هذه

الملاحق ضمن عطاءاتهم حسب شروط طرح المناقصة، ويتم تقديم العطاءات في أظرف مغلقة ووفقاً للتاريخ المحدد في الإعلان عن المناقصة.

١-٣-٢ دراسة العطاءات:- Tender Study and Evaluation

بعد تقديم العطاءات يتم تشكيل لجنة لفتحها ودراستها حيث يقوم رب العمل أو من ينوب عنه بفتح مظاريف العطاءات ودراستها فنياً ومالياً وتحديد أنسبها وأفضلها ويتم عمل تقرير نهائي بنتائج الدراسة وبالتوصيات ورفعه إلى رب العمل بالترسية أو إعادة الدراسة أو إعادة الطرح وفقاً لما يراه صاحب العمل ومدى ملاءمته للميزانية المقررة للمشروع.

١-٣-٣ ترسية العطاء:- Tender Award

الأصل العام المقرر في المناقصات والمزايدات وهو ما يعرف بآلية المناقصة أو المزايدة ، وتكون فيه سلطة الإدارة مقيدة بإرساء المزايدة علي العطاء الأفضل وهو العطاء الذي يتفق مع شروط المزايدة والأعلي سعراً أو ترسية المناقصة علي العطاء الذي يتفق وشروط المناقصة والأقل سعراً ، باعتبار أن القواعد التي ينظمها القانون رقم ٣٧ / ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ١٨ / ١٩٧٠ في شأن المناقصات العامة – وتلك التي أوردها المرسوم بقانون رقم ١٠٥ / ١٩٨٠ في شأن أملاك الدولة الذي ناط في الباب الأول منه بوزارة المالية القيام بحفظ أملاك الدولة وإدارتها واستغلالها وبيعها عن طريق المزايدة العامة ليست قواعد مصلحية وداخلية للإدارة ، إن شاءت تمسكت بها وإن شاءت تنازلت عنها ، ولكنها قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد علي السواء وقضي بها لكفالة احترام مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المناقصين أو المزايدين جميعاً. (الطعن بالتمييز ٨١ / ٩٢ تجاري جلسة ٢٨ – ٢ – ١٩٩٣).

بعد استلام ودراسة وتقييم العطاءات يتم ترسية المشروع على أفضل العطاءات المقدمة وغالبا ما يكون هناك العديد من الإيضاحات والإقرارات المطلوبة من المقاول الذي سترسى عليه المقاولة ، يجب استيفاؤها ، ويجب مراجعة جميع المستندات التعاقدية

Verification of Construction Documents لأنه في العادة خلال فترة طرح العطاء يكون هناك كثيراً من التعديلات على المستندات التعاقدية نتيجة تساؤلات مقدمة من المقاولين أو تعديلات من قبل رب العمل أو استشاري

المشروع أو معطيات وظروف طرأت في هذه المرحلة ، فيجب أن يتم مراجعة كافة المستندات التعاقدية قبل توقيع العقد والبدء في التنفيذ للتأكد من أنها تشمل كافة هذه المتغيرات ويتم بعد ذلك ترسية الأعمال والتوقيع على العقد من كل من رب العمل والمقاول.

ومن المقرر أن العقد الإداري الذي يبرم بطريق المناقصة العامة لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه من طرفيه ، أما إخطار المناقص الفائز بقبول عطائه وبرسو المناقصة عليه فلا يعدو أن يكون من الإجراءات التمهيدية لإبرام العقد ، ومن ثم تتحدد حقوق المتعاقد والتزاماته مع جهة الإدارة طبقاً لنصوص العقد الذي يربطه بجهة الإدارة ولا عبرة بالمباحثات والمفاوضات التي تدور خلال المرحلة التمهيدية التي تسبق إبرام العقد ، غير أن هذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين لا يولد في حد ذاته رابطة عقدية ، كما أنه من المقرر أيضاً أن تنفيذ الالتزامات التعاقدية في عقود القانون الخاص يجري علي نسق من القواعد التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية ، ففي العقود الإدارية تستهدف الإدارة أساساً المصلحة العامة وتعمل علي تغليبها علي مصالح الأفراد الخاصة ، وهي في سبيل تحقيق هذه المهمة تعمد إلي تضمين عقودها جزاءات مالية تتلائم وطبيعة تلك العقود وإن كانت غير مألوفة في العقود الخاصة ، وهي تبغي من تلك أن تحقق ضغطاً علي المتعاقد معها ليبذل جهده في تنفيذ التزامه يحدوها في ذلك ما ترنو إليه من تحقيق احتياجات المرافق العامة وضمان حسن سيرها بانتظام واضطراد ، ومن ثم لا يكون للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات طارئة أدت إلي الإخلال بالوفاء بأحد التزاماته قبل الإدارة ويتعين عليه إزاء هذه الإعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته ، ويترتب علي ذلك أنه يتعين علي المتعاقد الذي يريد الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته أثناء الظرف الطارئ مادام التنفيذ في حد ذاته ممكناً وذلك إلي أن يتحول الظرف الطارئ إلي قوة قاهرة تحول دون التنفيذ ، فإذا توقف عن الوفاء بالتزاماته استناداً إلي الظرف الطارئ وحده فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات المالية ، ولا يجديه نفعاً الإحتجاج بهذا الظرف الطارئ . (الطعن ٢٣٥ / ٨٩ تجاري جلسة ٢٨ – ١ – ١٩٩٠) .

١-٣-٤ عملية توريد المواد التي تحتاج إلى مدة طويلة للتوريد:-

Procure Long Lead Items :-

في كثير من المشاريع يكون رب العمل مسئولاً عن توريد بعض العناصر أو المواد التي يستغرق توريدها فترة زمنية طويلة نتيجة الإجراءات المختلفة والشحن والجمارك وخلافه ، وحتى لا تسبب مثل هذه العناصر تأخير تنفيذ المشروع يجب أن يسارع رب العمل في طلبها حتى يمكنه الاستفادة من فترة دراسة العطاء وحتى تكون المواد متوفرة عند الحاجة إليها ، وتتم هذه العملية بعد انتهاء مرحلة التصميم وأثناء مرحلة التوريد.

١-٤ مرحلة التشييد:- Construction Stage

تبدأ مرحلة التشييد بعد ترسية العقد Contract Award على المقاول ، أو المقاولين ، واستلام المقاول للموقع ، وفي هذه المرحلة يتم توريد المواد اللازمة للمشروع وتنفيذه وتنسيق وإدارة أعمال التنفيذ وكذلك ضبط الجودة والتحكم في التكلفة وإدارة العقد ، فهذه المرحلة تعتبر ببساطة تنفيذاً لمستندات التعاقد والهدف منها هو تشييد المنشأ المطلوب تشييده ويتبع ذلك المرحلة النهائية وهي تسليم المنشأ ويتم في نهاية هذه المرحلة الاستلام الابتدائي حيث يتم فيه فحص الأعمال وتحديد قوائم النواقص وتسوية الحساب و اختبار مختلف العناصر الداخلة في المنشأ وكذلك إعداد الرسومات النهائية للمشروع حسب ما تم تنفيذه وإعداد دلائل التشغيل وأي كفالات أو ضمانات تعهد بتقديمها المقاول حتى يتمكن رب العمل من إدارة المنشأ والاستفادة منه للغرض الذي أنشئ من أجله .

بعد فترة الاستعمال المتفق عليها حسب العقد يتم الفحص النهائي للأعمال وإعداد التقرير النهائي عن المشروع ويتم تقييم العمل بشكل نهائي والمحاسبة النهائية عليه .

وليس بالضرورة أن تتم هذه المراحل بشكل متسلسل وإنما قد تتم بشكل متوازي ، وليس بالضرورة أن يقوم رب العمل بالاستعانة بأطراف أخرى في كل من هذه المراحل فبعض هذه المراحل يمكنه أن يقوم بها وفقاً لطاقاته المتوفرة لديه أو قد يسند جزء من الأعمال إلى أطراف أخرى فهذا يتوقف كلية على إمكانيات رب العمل وطاقاته وعلى حجم المشروع وحجم الأعمال المطلوب إنجازها إلى جانب الأمور السابقة التي هي أساساً مسندة للمقاول إلا أن رب العمل أيضاً مسئول عن أمور أساسية أخري ومنها على سبيل المثال:-

١- تأمين و إدارة نظام المواصلات:

Develop and Manage Transportation Program

والمقصود بذلك هو تأمين المداخل والمخارج للمشروع وكذلك التأكد من أنه يمكن الوصول إلى المشروع لنقل المواد اللازمة والمعدات لإنجاز العمل.

٢- التأكد من تطوير وإدارة برنامج السلامة من قبل المقاول:

Develop and Manage Safety Program

فمسئولية السلامة تقع بشكل رئيسي على المقاول المسئول عن الأعمال فيجب أن يضع كافة اعتبارات السلامة وفقاً لمستندات العقد واللوائح والقوانين المتعلقة بالأمن والسلامة ، كما يجب على الجهاز الإداري المعين من قبل رب العمل أن يتأكد من أن المقاول يقوم بهذا الدور حيث أن أي مشاكل تنتج عن عدم الالتزام بقواعد الأمن والسلامة قد تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على الصالح العام ومصالح رب العمل.

٣- الحصول علي التراخيص و التصريحات اللازمة:

توجد كثير من الأعمال التمهيدية التي يجب القيام بها قبل البدء في العمل كالحصول على تراخيص البناء وموافقات الجهات المعنية وتجهيز الموقع تمهيداً لتسليمه للمقاول و كذلك تحديد الجهاز الفني الذي سوف يقوم بإدارة العقد من جهة رب العمل وكذلك الجهاز الفني اللازم لضبط الجودة .

٤- إدارة وتنسيق أعمال التشييد:

Manage and Coordinate Construction Activity

يقوم المقاول في هذه المرحلة بالإشراف والتوجيه للعمالة والمعدات لإنجاز الأعمال المطلوبة وفقاً للمواصفات وأصول الصنعة ويقوم رب العمل أو من يمثله بمراقبة الأعمال وتوثيق المشروع وكذلك مد المقاول بأي مستندات إضافية إذا لزم الأمر وفي حالة وجود أكثر من مقاول رئيسي تكون من مسئوليات رب العمل أو من ينوب عنه التنسيق بين المقاولين الرئيسيين.

٥- إدارة برنامج ضبط الجودة:

Manage Quality Control Program

من الواجب أن يكون هناك برنامج معد لضبط الجودة وتقوم كل الأطراف بالتعاون لإتمام هذا البرنامج وذلك عن طريق القيام بالدور المنصوص عليه في

المستندات التعاقدية وأن يقوم به كل طرف وفقاً لهذا البرنامج.

٦- إدارة البرنامج الزمني ومتابعة سير العمل:

Manage Cost and Schedule Follow-Up

يقوم المقاول بإعداد البرنامج الزمني وتحديد الموارد اللازمة لإنجاز المشروع والوقت اللازم لتواجدها وفقاً للبرنامج الذي يجب أن يعد وفقاً للمواصفات الموضوعة والذي يجب أن يخطر به رب العمل أو من ينوب عنه حتى يتضح لدى كافة الأطراف برنامج سير العمل ويتم تحديث هذا البرنامج في أثناء العمل وفقاً للمواصفات الموضوعة أو عندما يكون هناك حاجة لذلك وكيفية تدارك التأخير في حالة حدوثه ومراقبة التكلفة لدفع العمل وتوفير الموارد المالية اللازمة.

٧- إدارة العقد: Contract Administration

تتصف صناعة التشييد بوجود العقود المتشعبة فيها سواء بين رب العمل والمقاول الرئيسي أو المقاول الرئيسي ومقاولي الباطن والموردين وكذلك ما بين رب العمل والمهندس وهذه العقود تحمل في طياتها كثيراً من الالتزامات والأنشطة التي يجب التنسيق بينها ضماناً لحسن سير العمل ، فعلى سبيل المثال هناك كثير من الالتزامات المفروض أن يتقدم بها المقاول إلى رب العمل في أثناء تنفيذ العقد كتقديم عينات واعتمادها قبل البدء في استعمالها أو تقديم رسومات تنفيذية أو تجهيز لعمليات الفحص والتفتيش والاستلام إلى آخره وكل هذه الأمور هي أمور إدارية نابعة من العقد يجب إدارتها بكفاءة لضمان نجاح المشروع و أن يضع رب العمل نظاماً واضح المعالم للقيام بهذه المهام .

٨- تنفيذ وإنجاز أعمال التركيبات:

Construction, Completion and Installation

هذا هو النشاط الرئيسي في هذه المرحلة وهو أن يقوم المقاول بالتنفيذ وفقاً للمستندات التعاقدية وأن الأعمال التي يتم إنجازها يجب أن تفي بالغرض المقصود منها وكذلك القيام بكافة التركيبات المتعلقة بالمعدات إذا لزم الأمر وعلي رب العمل تقديم العون اللازم للمقاول لتنفيذ وإنجاز الأعمال .

٩- دراسة وتسوية المطالبات: Claims and Change Adjudication

في كثير من الأحيان يطرأ على بعض الأعمال شيء من التغييرات سواء من جهة المقاول أو من جهة رب العمل وينتج عن هذه التغييرات اختلاف في

التكلفة و في العادة يطالب بتعديل سعر العقد وفقاً لهذه التغييرات ومن الأفضل تسوية مثل هذه المطالبات عند حدوثها نظراً لأنه إذا ما تركت فقد تتفاقم وتؤدي إلى حدوث نزاع بين الأطراف وتضر بالعقد في النهاية. وعلي الرغم من تناولنا لهذه المخرجات بإيجاز شديد إلا أننا قد تناولناها في أكثر من مؤلف بالتفصيل حسب طبيعتها والأنشطة المشمولة بها وكيفية إدارتها لمن أراد التفصيل وذلك في الكتاب الثاني والثالث والرابع والخامس من هذه المجموعة.

١-٥ مرحلة إنهاء الأعمال والتشغيل التجريبي والاستلام:-

Project Completion, Commissioning and Hand-Over:

- مرحلة إنهاء الأعمال والتشغيل التجريبي وهي مرحلة تابعة لمرحلة التشييد ومخرجاتها كما يلي :

١- الاستلام الابتدائي Substantial Completion

في المراحل النهائية للمشروع هناك كثير من الأنشطة التي يجب التنسيق بينها لضمان إنجاز المشروع بالشكل المطلوب ، وإمكان استعماله للغرض الذي أنشئ من أجله ، حيث تتم معاينة الأعمال المنتهية واستلامها بشكل ابتدائي ، ويجب على المقاول أن يقدم لرب العمل في هذه المرحلة كافة الرسومات التي تحدد الشكل النهائي للمبنى As-Built Drawings وكافة التفاصيل لكيفية تشغيل ما تم إنجازه .

٢- اختبار معدات ونظم التشغيل المختلفة.

هناك جزء رئيسي من عملية الاستلام الابتدائي وهو أن يتم اختبار كافة الأنظمة المستعملة كأنظمة المياه والأنظمة الكهربائية وأنظمة السلامة حسب المذكور بمستندات العقد.

٣- إعداد برامج التشغيل Commissioning Program

إن الأنظمة المختلفة تقتضي وجود نظام للتشغيل والصيانة ، ويجب أن يوثق هذا النظام وكذلك دليل التشغيل ، وأن يتم إعداد الجهاز المؤهل لإعداد التشغيل للمشروع لضمان سلامة التشغيل.

٤- تسوية الحساب Contract Payment Procedure

بعد تسلم الأعمال والذي يعد بمثابة إقرار بأنه يمكن استعمال المشروع للغرض الذي أنشئ من أجله ، تتم المحاسبة عن الأعمال المنجزة ومحاولة

تسوية كافة المطالبات وتبدأ حساب فترة الصيانة والضمان والكفالات للأعمال المنجزة وكذلك تحديد قائمة بالنواقص والإصلاحات للعيوب المطلوب إتمامها بشرط أن تكون هذه النواقص والإصلاحات ليست ذات أهمية تمنع من استعمال المنشأ للغرض الذي أنشئ من أجله.

٥- الاستلام النهائي للمشروع وإتمام الحساب الختامي.

Final Project Approval and Final Payment:

في كثير من المشاريع ينص على عدم الموافقة على الأعمال إلا بعد الاستلام الابتدائي بفترة زمنية كافية تتيح لرب العمل استعمال المنشأ والتأكد من صلاحيته وفي العادة ما تكون هذه الفترة في حدود السنة ، وذلك أيضاً حتى يتم فيها إصلاح أي نواقص أو عيوب واستكمال النواقص التي تم تحديدها عند التعاقد ، و الاستلام النهائي يعني أن رب العمل قد قبل الأعمال المنفذة وتتم المحاسبة النهائية وفي كثير من الأحيان تتم تسوية أي مطالبات متعلقة عند التسليم النهائي.

١-٦ مرحلة التشغيل والاستعمال والصيانة:-

Operation or Utilization and Maintenance Stage:

في بداية هذه المرحلة يقوم رب العمل بتشغيل واستعمال المشروع للغرض الذي تم تشييده من أجله وتبدأ فترة الصيانة للمنشأ وفيها يقوم رب العمل بهذا النشاط عن طريق جهازه الخاص أو بالتعاقد مع إحدى الشركات المتخصصة بصيانة المنشآت من أجل الصيانة الدورية والمستمرة للمنشأ. وخلال هذه المرحلة يتم الاختبار الحقيقي لمدى نجاح المشروع وتحقيق أهدافه المرجوة وعادة ما تشكل هذه المرحلة النسبة الأعلى من قيمة الدورة الحياتية للمشروع.

١-٧ الإدارة خلال الدورة الحياتية للمشروع بصفة عامة:-

بعد أن تعرضنا باختصار إلى الدورة الحياتية للمشاريع فإننا نتطرق الآن إلى أسلوب إدارة هذه الدورة فكل طور من أطوار هذه الدورة يحتاج إلى خبرة خاصة وتقنية معينة للتصدي لمتطلبات هذه المرحلة أو هذا الطور ويحتاج الأمر في كل طور أو في كل مرحلة إلى اختيار فريق معين له القدرة على القيام بالمهام المطلوبة ففي المرحلة الأولى تحتاج فريقاً متخصصاً في أساليب تحديد الجودة والتخطيط وتطوير برنامج التشييد بينما في المرحلة الثانية تحتاج فريقاً متخصصاً في أعمال التصميم بمراحله المختلفة أما في مرحلة اختيار المقاول

فتحتاج إلى فريق لديه خبرة على اختيار أفضل الأساليب للتعاقد وتأهيل المقاولين وترسية العقود أما في مرحلة التشييد فيكون التركيز على فريق تشييد أو مقاولين أو بالأحرى مقاولين لديهم الكفاءة على القيام بالأعمال المطلوبة وإدارة هذه المرحلة من حيث مراقبة تقدم الأعمال والتكلفة والجودة لضمان إنجاز المشروع حسب البرنامج الموضوع وبعد انتهاء مرحلة التشييد يكون هناك فريق آخر لاستلام المشروع وتشغيله أو القيام بإجراءات إنهاء العقد وتأمين الضمانات والكفالات المطلوبة وفي كثير من المؤسسات الكبيرة فإن الاحتياج بعد هذه الفترة إلى وجود فريق للتشغيل والصيانة بعد الإنجاز للتأكد من أن المنشأ يفي الغرض الذي أنشئ من أجله ويحقق أهدافه.

وأول الفرق في المشاريع الكبرى التي يتم تشكيلها هو فريق إدارة المشروع وقد يتكون مبكراً بغرض تحديد معالم المشروع وتحديد الميزانية ومستوى الجودة المطلوبة والإطار الزمني للإنجاز المطلوب لمختلف مراحل المشروع وفي العادة يتكون فريق إدارة المشروع من ممثل عن رب العمل ومدير المشروع ومدير التشييد.

ومدير المشروع ومدير التشييد يجب أن يكونا من ذوى الخبرة بمجالات التشييد و تشغيل واستلام المشاريع الإنشائية وأحد أعضاء الفريق له خبرة في مجال التصميم للمشروعات المشابهة ويرأس هذا الفريق في العادة ممثل رب العمل وقد يحتاج الفريق من حين لآخر لبعض الدعم من المقاولين ذوي التخصصات المختلفة وكذلك قد يحتاج إلى استشارات أو دعم من العناصر المتخصصة في مجالات مختلفة كمجالات التسويق ومجالات الصيانة ومجالات السلامة وإدارة المعلومات إلى آخره وهذا الفريق يتم تكوينه في بداية التفكير في المشروع وهذا يتم في المشاريع الكبرى وليس بالضرورة أن كل مشروع يحتاج فريقاً بهذا الحجم وقد يختلف حجم ونوعية أعضاء الفريق بما يتفق مع حجم وأهمية المشروع.

وفي مرحلة تطوير المشروع يركز الفريق على العناصر الأساسية التي يتكون منها المشروع وكذلك تأثير المشروع على عناصر البيئة والتعرف بوضوح علي احتياجات رب العمل والبدائل المتاحة وتحديد الميزانية وطرق تمويل المشروع وتأمين الموارد الخاصة وكذلك الدراسة البيئية للمشروع من حيث تأثيره على البيئة ، وفي كثير من الأحيان ما يحتاج المشروع إلى جهود

في مجال العلاقات العامة بغرض تقديم المشروع بصورة محببة للعامة حتى يتفهموا الهدف من المشروع كذلك تحديد الإستراتيجية العامة للمشروع.

أما في المرحلة التالية وهي مرحلة التصميم وإعداد المستندات اللازمة للتعاقد أي المستندات التعاقدية وتحديد إستراتيجية التعاقد المقترحة والقيام ببعض الأنشطة التي تسبق عملية التصميم حتى يتم اختيار المصمم أو المهندس الذي سيقوم بإجراء التصاميم الهندسية إما عن طريق المسابقة أو عن طريق التقييم والتأهيل وتكون المهمة مركزة على اختيار المكتب الهندسي القادر على القيام بعمل متكامل على جانب عالي من الجودة وبعد إختيار المكتب التصميمي أو الاستشاري يقوم هذا الفريق بمتابعة أعمال التصميم والتأكد من أن أعمال التصميم تجري وفقاً للمتفق عليه وأن الأعمال المصممة تقع في إطار الجودة المرسومة وكذلك في حدود الميزانية وفي العادة يجب إجراء بعض دراسات هندسة القيمة في هذه المرحلة ودراسة مدى إمكانية التشييد بيسر وكفاءة كما يقوم هذا الفريق بالتأكد من كفاءة عمل هذا المشروع مستقبلياً بمستوي اقتصادي مثمر . وهو مسئول أيضاً عن الحصول على كافة التراخيص اللازمة ومراجعة المستندات التعاقدية قبل طرحها واختيار إستراتيجية للتعاقد. ومن ثم يتم الإعلان عن المشروع وتأهيل المقاولين وطرح المشروع وترسيته واستقبال العطاءات ودراستها ثم الترسية وتحديد أسلوب الترسية والضوابط والأسلوب المتبع في اختيار المقاول المناسب والتأكد من أن المقاول لديه القدرة على القيام بالعمل المطلوب في الإطار الزمني وإطار الجودة وإطار المدة المطلوبة.

ثم يقوم رب العمل بمعاونة فريق الإدارة باختيار فريق جديد وهو فريق التشييد أو الفريق المسئول عن التشييد ولعل من أهم الأشياء هو القرار الذي يجب اتخاذه بشأن إستراتيجية التشييد أي نوعية العقد هل هو عقد مبلغ إجمالي ثابت مقطوع أو من عقود الكلفة أو المقايسة أو إدارة التشييد إلى آخره وهذا القرار كما سيتم إيضاحه فيما بعد أو في أجزاء أخرى للمؤلف يتوقف على عوامل عديدة ويكون هذا القرار من أهم القرارات التي يتعرض إليها المشروع ويتوقف على احتياجات ونوعية رب العمل إلى جانب اختيار إستراتيجية التعاقد و أسلوب اختيار فريق التشييد الذي قد يتكون من مقاول أو مقاولين عدة وقد يتكون من عقد واحد أو مجموعة عقود أو مجموعة حزم أعمال كل هذا يتم تحديده في هذه المرحلة (أسلوب إدارة المخاطر). وفي مرحلة التشييد يقوم فريق المشروع بمتابعة ومراقبة أعمال التشييد إما مباشرة أو عن طريق تعيين

فريق آخر أو جهة مستقلة لمتابعة و مراقبة التشييد من حيث الجودة والتكلفة ودراسة كافة سائر العناصر التي تؤثر على نجاح المشروع وتقدم الأعمال وكذلك متابعة مراقبة أي أمور تطرأ على العقد مما ينتج عنه أي تغيرات سواء بالزيادة أو بالنقصان حتى انتهاء أعمال التشييد. والتأكد من التشغيل التجريبي وكافة الأنشطة اللازمة لإنجاز المنشأ.

أما في مرحلة إعداد المشروع للتشغيل و هي التأكد من أن جميع العناصر الداخلة في المشروع سواء عناصر مدنية أو عناصر ميكانيكية أو عناصر كهربائية كلها تعمل بالكفاءة المطلوبة وكذلك التأكد من أن المستخدم للمشروع لديه القدرة على تشغيل مختلف عناصر المشروع بسهولة وحتى يمكنه أن يصون هذه العناصر ويقوم بالصيانة اللازمة والتشغيل اللازم بالكفاءة المطلوبة إذا كان هناك أي عيوب يجب تحديدها وإعطاء المقاول أو المشيد فترة كافية لإصلاح هذه العيوب وذلك يتم قبل الاستلام النهائي وقبل أن يتم إنهاء العقد أو إتمام العقد.

المرحلة الأخيرة تحتاج إلى فريق جديد يقوم بالتأكد من أن العقد قد تم وفقاً للوجه المتفق عليه بما في ذلك تسليم كافة الضمانات والكفالات المطلوبة وكذلك كافة الكتالوجات المطلوبة لعناصر المبنى المختلفة وقد تطور فكر إدارة المشروعات في كثير من بلاد العالم وبالذات في الولايات المتحدة الأمريكية وفي الشركات الكبيرة تم إضافة مرحلة جديدة تسمى تقييم المنشأ بعد إنشائه وبعد إتمام كافة المراحل السابقة وعملية التقييم تكون شاملة للوضع الحالي إذا ما احتاج الأمر إلى تعديل استعمال المبنى أو إعادة تأهيله حتى يؤدي أغراضاً جديدة لم تكن أساساً في الحسبان وأنه هناك في العادة فترة زمنية طويلة بين الفكرة المبدئية وبين الإنجاز والاستعمال الفعلي للمشروع. وتوثيق كل هذه الأمور حتى يمكن الاستفادة منها مستقبلياً عند القيام بمشاريع مشابهة في المستقبل .

أما في مرحلة الصيانة والتشغيل يأتي رب العمل بفريق جديد يتعامل مع فريق استلام المشروع المقترح للقيام بالصيانة والتشغيل .

وفي كثير من المشاريع الكبرى يكون هناك أيضاً وجود للجهة المستفيدة من المشروع في كافة المراحل لتحديد أهداف المشروع والتي تلاءم احتياجات الجهة والعناصر المختلفة في التصميم وكذلك في أثناء التشييد قد تحدث تغيرات في احتياجات الجهة المستفيدة للمشروع وحتى يمكن لهذه الاحتياجات أن تلبى

وتوضع في الاعتبار في كافة المراحل حتى يكون المشروع في شكله النهائي الذي يفي بغرض الجهة المستفيدة من المشروع يجب أن يكون هناك تنسيق واتصال بالجهة المستفيدة في مختلف المراحل إذا أمكن ذلك.

(للمؤلف مجموعة كتب تتناول هذه العناصر بالتفصيل لمن أراد الاستزادة)

١-٨ عناصر الإدارة الأساسية للدورة الحياتية والتي يجب أخذها في الاعتبار من قبل رب العمل:-

١-٨-١ مرحلة الفكرة ودراسة الجدوى والتخطيط:-

من المشاكل الرئيسية في هذه المرحلة هو عدم متابعة القرارات التي تم اتخاذها للتأكد من أنها قد تم تنفيذها في المراحل اللاحقة ولذا فإنه من الأشياء التي يجب أن يعتني بها رب العمل هو وجود جهاز لديه القدرة علي التأكد من أن ما يتم الوصول إليه في هذه المرحلة سوف يتم تنفيذه فيما بعد أو إذا احتاج الأمر إلي تعديله فهناك آلية محددة للتعامل مع أي تعديل والتأكد من الجدوى في المراحل المختلفة للمشروع. ومن الأشياء التي يجب مراعاتها في هذه المرحلة ما يلي:

أولاً: أن الخطة الموضوعة يجب أن يكون قد تم الموافقة عليها من الجهات التي لها الصلاحية ولها القدرة على التنفيذ .

ثانياً: أنه قد تم توزيع المسئوليات بوضوح في المراحل التالية وأن هناك من يعهد إليه بالمسئولية ويمكن مراجعته ومحاسبته وعليه متابعة الأمور التي كان مسئولاً عنها وأن يعهد بهذه المسئوليات إلى عناصر أو جهات قادرة على الوفاء بهذه الالتزامات ولها القدرة على الإنجاز الجيد.

ثالثاً: وضوح المسئوليات وتحديد من هو المسئول عن هذه المسئوليات المختلفة ووجود الضمانات الكافية فيما يتعلق بالتمويل اللازم والمؤسسات أو التنظيم الهيكلي الذي سوف يقوم بمتابعة العمل.

رابعاً: يجب أن يحدد بوضوح أهداف المشروع والإطار الزمني للإنجاز وكذلك المطالبات المالية والجودة المتوقعة ويجب أن يوضع هذا بشكل واضح وبعد هذا يؤخذ كمرجعية يرجع إليها للمقارنة بين ما يحدث مستقبلاً أو لتحديد ما إذا كان المشروع يؤدي الأهداف التي أنشئ من أجلها ومدى جدواها.

١-٨-٢ مرحلة التصميم و إعداد المستندات التعاقدية:-

أهم أهداف هذه المرحلة هو التأكد من وضوح أهداف المشروع مع إعطاء المصمم فكرة واضحة عن أهداف المشروع التي تم تحديدها في مرحلة التخطيط ودراسة الجدوى السابقة فيجب أن يحيط المصمم أو المهندس علماً بمخرجات المرحلة السابقة حتى يقوم بإعداد تصميمات المشروع والمدة المقدمة للإنجاز وخاصة الكلفة والجودة المطلوبة وأهمية الالتزام بالميزانية المحددة حتى يكون المشروع مجدٍ من الناحية الاقتصادية.

بعد أن يتم اختيار الاستشاري الذي سيقوم بإعداد المستندات التعاقدية وأعمال التصميمات ووضع الضوابط والإشراف على عملية التصميم بشكل فعال للتأكد من أن المستندات التي سوف يتم إعدادها هي فعلاً متوافقة مع أهداف المشروع إلى جانب أن تكون المستندات كاملة خالية من التناقضات والعيوب التي قد تؤدي فيما بعد إلى حدوث كثير من المشاكل. يجب التأكد أيضاً قبل الطرح أن المشروع الذي تم إعداد مستنداته مطابقاً تماماً للأهداف التي سبق تحديدها في المرحلة السابقة أو أنه إذا كان هناك تعديل في الأهداف نظراً لأي تغيرات حدثت سواء في احتياجات رب العمل أو في الظروف المحيطة بالمشروع يجب أخذها في الاعتبار حتى يتمكن المشروع من أن يحقق أهدافه. إلى جانب ضرورة التأكد من أن المصمم الذي سوف يقوم بإعداد المستندات التعاقدية لديه الكفاءة ولديه الإمكانيات اللازمة للقيام بالمهمة المطلوبة وذلك عن طريق تقييم هذه المكاتب الاستشارية قبل أن يعهد إليها بالأعمال وأن يكون تقييم العروض المقدمة منهم لا يتضمن فقط الترسية على أقل الأسعار ولكن يجب أن يأخذ في الاعتبار الإمكانيات والكفاءة والقدرة على القيام بالعمل بالشكل المطلوب.

ومن المخرجات الرئيسية في هذه المرحلة ، إعداد أسلوب التنفيذ المقترح لإنجاز المشروع وأنواع العقود التي سوف تستعمل والأسلوب الذي سوف يتبع في اختيار المقاولين والموردين والمخاطر المتعلقة بهذه المرحلة وخاصة توزيع المخاطر بين المهندس ورب العمل والمقاول والموردين. والخطأ الشائع في هذه المرحلة هو أنه دائماً ما يحدث أن يحاول الاستشاري التحلل من مسئولية إعداد المستندات وإلقاء كافة المخاطر على أطراف أخرى ثم يُكتشف فيما بعد أن هذه الأطراف ليس لها القدرة على تحمل هذه المخاطر مما يترتب عليه مشاكل كما سيتم إيضاحه في الفصل القادم .

لذا فتحليل المخاطر بواقعية وتوزيعها بنوع من الفاعلية من أهم العناصر التي يجب أن يراعيها رب العمل في هذه المرحلة ، كما يجب أن تكون الطريقة التي سوف تستعمل في إنجاز المشروع متوافقة مع الإمكانيات المتاحة من قبل رب العمل وفريق العمل التابع له بما في ذلك جهاز الإشراف وجهاز المتابعة.

ويجب التأكد من أن الضمانات والكفالات التي سوف تقدم أو تتعهد بها الأطراف لديهم فعلا القدرة على الوفاء بها ولهم القدرة على تقديم هذه الضمانات عندما يحتاجها رب العمل.

ويجب أيضاً في هذه المرحلة إعداد برنامج العمل ويمكن بعد إتمام المستندات التعاقدية القيام بتقديرات أكثر واقعية فيما يتعلق بالإطار الزمني للمشروع والإطار المتعلق بكافة الأنشطة، وعلى رب العمل استخراج التراخيص والتصاريح اللازمة للقيام بالأعمال والتأكد من الأمور المتعلقة بمسئولياته من حيث القوانين واللوائح التي تتحكم في المشروع .

ومن الواجب القيام بمراجعة المستندات مراجعة شاملة وذلك للتأكد من أنها مازالت تؤدي الغرض أو مازال المشروع يؤدي الغرض وأنه مازال على المسار المرسوم له وأن المتغيرات سواء من ناحية احتياجات المالك أو النواحي الأخرى المحيطة بالمشروع كجدواه والاستفادة منه مازالت صحيحة وفقاً للواقع الحالي. حيث أنه قد مضت فترة منذ إعداد الخطة أو منذ إعداد دراسة الجدوى المبدئية فيجب التحقق من أن الإفتراضات التي قامت عليها هذه الدراسات مازالت قائمة ، أو إدخال بعض التعديلات إذا كان هناك ما يقتضي ذلك.

١-٨-٣ مرحلة الإعداد للتشييد:-

من المشاكل الرئيسية في هذه المرحلة هو أنه في كثير من الأحيان تكون المبالغ المخصصة لإعداد المستندات ليست كافية لإعداد المستندات بالتفاصيل والدقة اللازمة وقد يلجأ الاستشاري إلى محاولة خفض تكلفة إعداد المستندات عن طريق استخدام مستندات قديمة متوفرة لديه من مشاريع سابقة و خاصة مما يتعلق بالمواصفات والشروط العامة والخاصة و التي قد لا تتفق مع طبيعة وأحوال المشروع الحالي وقد يلقي بالمسئولية على المقاول عن طريق توصيفه الرسومات الناقصة بأنها رسومات تنفيذية يجب على المقاول القيام بها تخفيفاً من مسئولياته حتى يتمكن من إنجاز العمل في حدود الميزانية المخصصة أو وفقاً للمبلغ المتفق عليه بينه وبين رب العمل وكل هذا يؤدي في أثناء فترة التشييد

إلى مشاكل كبيرة تتضح في هذه المرحلة من كثرة التساؤلات المقدمة من المقاولين وهذا يعطي مؤشراً إلى رب العمل بأن المستندات لم تكن معدة بالشكل الواضح ويجب في هذه المرحلة علي رب العمل التثبت من أن المستندات أعدت بالشكل الجيد الذي يسمح باستعمالها وإن كانت هناك تعديلات أو أمور يجب القيام بها قبل طرح هذه المستندات.

١-٨-٤ فترة التشييد:-

في هذه المرحلة يجب العناية بمسألة انتظام العمل والتزام المقاول بالإنجاز وفقاً للبرنامج المتفق عليه وضبط الجودة في معظم العقود كما يحدد رب العمل برنامج المراقبة المطلوب مع الالتزام به ويحدد رب العمل في المستندات التعاقدية مراحل الإنجاز الرئيسية التي يجب أن يحققها المقاول في أثناء قيامه بتنفيذ المشروع حتى يمكن متابعته أي أنه بدلاً من أن ينص فقط على مدة المشروع يجب أن ينص على أن المشروع يجب أن يمر بمراحل وأن هذه المراحل تكون لها تواريخ محددة يجب على المقاول الالتزام بها وتحقيق كل مرحلة ضماناً لسير العمل ويجب أن ينص العقد على الطرق المفروض اتخاذها لتفادي التأخير وإنجاز العمل في الوقت المحدد له وفي حالة عدم التزام المقاول بالإنجاز المحدد والصلاحيات المخولة لمدير المشروع أو من يمثل المالك ، وجب اتخاذ ما يجب اتخاذه للحفاظ على سير العمل وفقاً للبرنامج ، ومن العناصر التي يجب العناية بها وضع نظام واضح ومحدد للإدارة من حيث توزيع المسئوليات وخاصةً المتعلقة بضمان الجودة وإدارة التغيير في العقد وكذلك إعداد شهادات الدفع وتنظيم الاجتماعات والمراسلات ومتابعة كافة الأمور الإدارية ، وتوزيع هذه الصلاحيات بين العاملين في المشروع سواء من ناحية رب العمل أو المهندس أو المقاول بشكل واضح وفعال.

١-٨- ٥ حل المنازعات:-

يجب أن يقوم رب العمل أو المسئول عن إعداد المستندات التعاقدية بتصميم نظاماً فعالاً لتناول المنازعات التي قد تحدث في أثناء العمل ووضع أسلوب لحل هذه النزاعات بشكل عادل وفعال وسريع حتى لا تتراكم وبالتالي تؤثر على سير العمل ويكون حلها فيما بعد مكلفاً ومعيقاً للعمل وحلها في مرحلة متأخرة بعدما تتفاقم مكلف لكافة الأطراف.

١-٨-٦ الرسومات التنفيذية:-

من الأمور الرئيسية فيما يتعلق بالمشاريع هي إعداد الرسوم التنفيذية التي في العادة ما تعرف على أنها الرسومات التي يعدها المقاول لتحديد كيفية تنفيذ الأعمال وكيفية تحويل التصميم الذي قام به المهندس إلى حيز الواقع ومن المفروض أنها تكون شرح لطريقة التشييد التي سوف يتبعها المقاول إذا كان لذلك مقتضى.

إلا أنه في الآونة الأخيرة نظراً لتدني الأتعاب التي يدفعها رب العمل للمكاتب الاستشارية أصبح كثير من المكاتب يترك كثيراً من التفصيلات والأمور التفصيلية التي كان يجب أن يعدها ويتركها للمقاول على أنها رسومات تنفيذ والتي عادة ما تكون مصدراً رئيسياً للنزاع حيث أنه في كثير من الأحيان يعتقد المقاول أن هذا نقص في التصميم الذي كان من المفروض أنه من مسئولية رب العمل وينشأ نزاع نتيجة حدوث خلاف على الأسلوب الذي يجب أن تتم به الأعمال وفقاً للرسومات التي يعدها المقاول وخاصة عندما يقترحها بطريقة تتطلب تكاليف إضافية أكثر من المتفق عليها في العقد لذا فيجب على رب العمل أن يكون لديه القدرة على التأكد من أن الرسومات والمستندات المقدمة مكتملة إلى حد كبير وتشمل التفصيلات اللازمة للأعمال وأن يكون دور الرسومات التنفيذية مكملاً وليس دوراً رئيسياً نظراً لأن هذا من المعوقات الرئيسية في التشييد ومن الأمور التي دائماً ما ينتج عنها نزاع.

١-٨-٧ الإنجاز وتسليم الأعمال:-

وهو تنظيم عملية التسليم وعملية بدء التشغيل ، وفي هذه المرحلة يجب إعداد كافة المواصفات المتعلقة بأداء كافة العناصر الداخلة في المبنى وكذلك تشغيلها وتحديد الفترة اللازمة التي تلزم لمستخدم المشروع لكي يتدرب على استعمال العناصر وتكون لديه القدرة على تشغيلها وصيانتها بشكل يضمن سلامة الأداء وأن تؤدي الغرض الذي أنشئت من أجله.

وأيضاً تتم في هذه المرحلة المحاسبة الختامية والحصول على كافة المعلومات الفنية اللازمة والتي يجب أن تكون موجودة لدى رب العمل من كتالوجات ودلائل تشغيل وأيضاً ضمانات أو كفالات وهناك خطوات دائماً ما تتسم بها هذه المرحلة وهي:-

أولاً: بداية تشغيل المشروع وتعتبر من مسئوليات المقاول وتحت مراقبة أو إشراف المهندس ليتأكد من أن كافة العناصر المحتاجة إلى تشغيل كالأجهزة الكهربائية والمعدات الكهربائية ومعدات التكييف والمعدات اللازمة لأعمال الصرف الصحي في حالة المباني إلى آخره تعمل بكفاءة وتعمل وفق المواصفات المطلوبة.

ثانياً: التسليم الابتدائي يمكن أن توصف هذه المرحلة بأنها المرحلة التي يصبح فيها المشروع جاهزاً للإستفادة منه وفقاً للغرض الذي أنشئ من أجله وهي تأتي بعد التأكد من أن التشغيل قد تم بسلامة لكافة العناصر وأن كافة الاختبارات قد أجريت وفي هذه الحالة تشكل لجنة لاستلام المبنى ويسجل في هذه الحالة ما إذا كانت هناك عيوب أو نواقص أو أمور مخالفة للمواصفات ويتم إعطاء المقاول مهلة معينة لإصلاح هذه الأعمال فإن كانت الأعمال أو ما يجب إصلاحه لا يمنع من الانتفاع بالعين للغرض الذي أنشئت من أجله فيعد هذا التاريخ تاريخ التسليم وأحياناً يطلق عليه التسليم الابتدائي أما إذا كانت هناك عيوب تمنع من الانتفاع بالعين فإنه في هذه الحالة تؤجل عملية الاستلام إلى أن ينتهي إصلاح هذه العيوب.

ثالثاً: استخراج كافة التصاريح اللازمة من الجهات المعنية ليتمكن رب العمل أو المستخدم للمبنى من استخدام المبنى والاستفادة منه وفي كثير من الأحيان يقتضي هذا الحصول على تصاريح من البلديات أو من الجهات المعنية كوزارة الكهرباء أو المياه إلى آخره.

١-٨-٨ إعداد وتجهيز السجلات النهائية المستديمة للمشروع وتسليم الأعمال لمن يقوم بإدارة الأملاك أو بإدارة المنشأ الذي تم إنشاؤه:-

المقصود بالمستندات المستديمة هي المستندات التي سوف تبقى مع المالك والتي يمكن الاعتماد عليها من حيث الصيانة والمتابعة والقيام بأعمال الإصلاح والتعديل إذا اقتضى الأمر وهذه تتكون أساساً من الرسومات التي تصف كيف تم تنفيذ الأعمال بشكل نهائي وهي الرسومات التي تم إنشاؤها للمبنى كما أنه في العادة ما يجري تعديل على الرسومات التصميمية في أثناء التنفيذ أو قد تكون بعض العناصر تم إعداد الرسومات المطلوبة لها في أثناء التنفيذ فيجب أن توثق ويتم إعدادها بصورة جيدة حتى يمكن الاعتماد عليها كذلك إعداد أدلة التشغيل وأدلة الصيانة وأي معلومات أخرى يحتاجها رب العمل – المالك ليقوم بصيانة وتشغيل المنشأ.

ويتم تسليم كل المستندات السابقة إلى المسئول الذي سوف يقوم بإدارة المبنى حتى يتسنى له القيام بمهمته إلى جانب أنه إذا كان هناك فترة تدريب يحتاجها فيجب أيضاً النص عليها حتى تكون مشمولة ضمن أتعاب المقاول ويحدد بالتفصيل عدد المدربين وكيفية تدريبهم وما إلى ذلك بما يضمن سلامة وانتهاء أعمال الصيانة والتشغيل كذلك توفير كوادر قادرة على إدارة المنشأ بعد الانتهاء من إنشائه.

وبعد أن يتم كل ما سبق ذكره يجب إعداد المحاسبة الختامية للأعمال وفقاً لما تم تحديده من أعمال ناقصة إذا كانت هناك وكذلك إذا كان هناك للمقاول حجوز ضمان يتم تسويتها وفقاً للعقد المبرم بين الأطراف.

ومن المشاكل التي يمكن أن تظهر في فترة التسليم :-

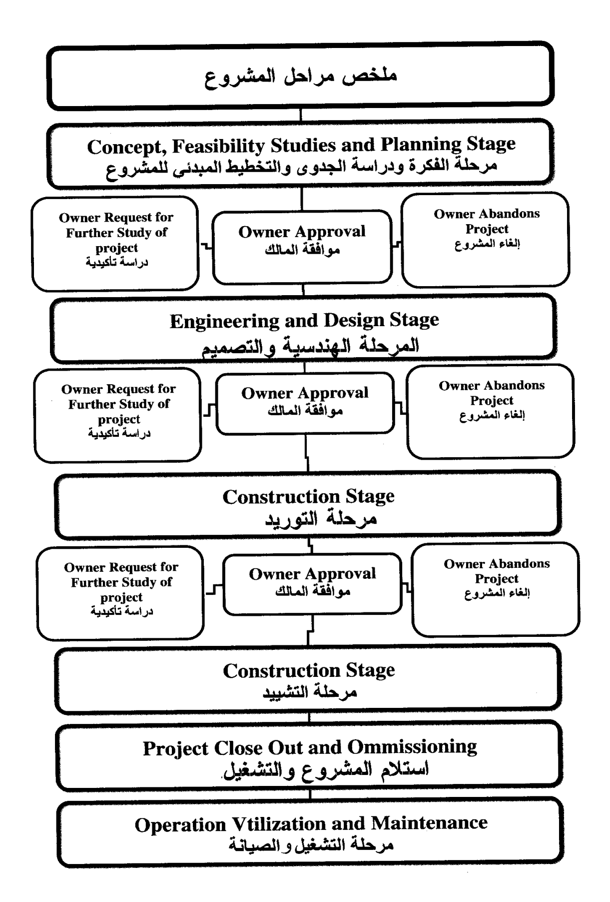
أولاً: نقص وعدم التنسيق بين مختلف الأنشطة اللازمة لعملية التسليم سواء من جهة المقاول أو المهندس أو ضعف في إعداد المستندات المتعلقة بهذه الأنشطة اللازمة مما يؤدي إلى تأخر عملية التسليم.

ثانياً: نقص وعدم تواجد الرسومات النهائية و التي توثق ما تم تشييده للمبنى وكذلك عدم وجود أدلة التشغيل والصيانة وكتالوجات المعدات المختلفة.

ثالثاً: التأخر في التسوية المالية وتحديد قيم الأعمال المعيبة والناقصة والأعمال المخالفة للمواصفات واتخاذ قرار بشأنها سواء بالإصلاح أو بالتعويض لرب العمل عنها وتسوى الحسابات بشكل ختامي وفعال.

رابعاً: ظهور الأمور المتنازع عليها والمطالبات والتي لم يتم تسويتها بشكل نهائي قبل المحاسبة الختامية وفي كثير من الأحيان لا يمكن حلها في هذه الفترة من المشروع وتترك للتسوية فيما بعد بطرق تسوية النزاعات المختلفة وفقاً للعقد وفي النهاية يجب إعداد ملخص عن المشروع وعن الدروس المستفادة منه وسوف نتناول في الفصل القادم المخاطر التي قد تحدث في مراحل المشروع المختلفة وكيفية التعامل معها .

والشكل التالي (١-٣) يوضح مراحل المشروع ودور رب العمل في كل مرحلة.



شكل ١-٣ مراحل المشروع

الفصل الثاني
إدارة المخاطر

محتويات الفصل:

٢. إدارة وتحجيم المخاطر في مشاريع التشييد:-

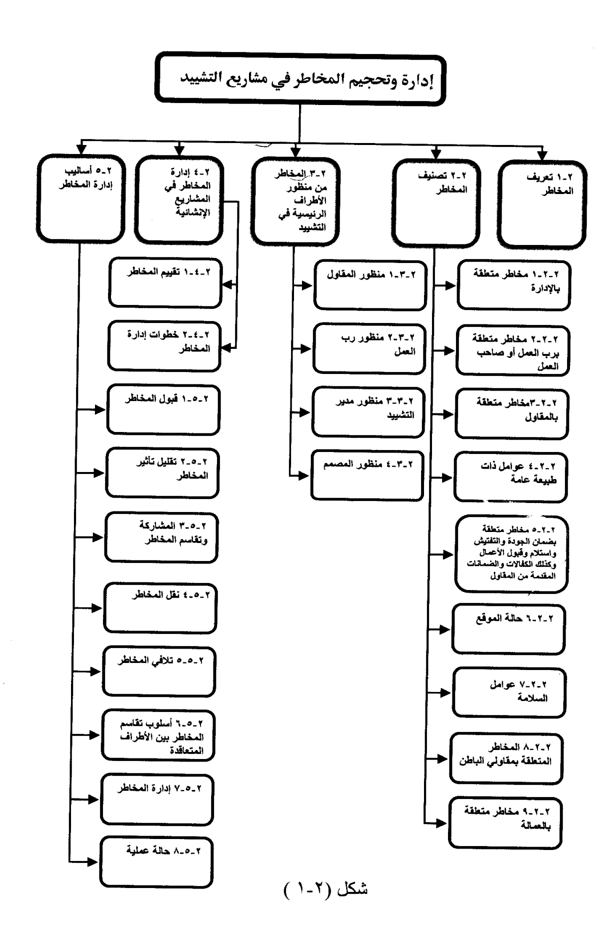
Managing and Mitigating Risks in Construction Projects:

كما تم الشرح في الفصل السابق فإن مختلف مراحل المشروع تمر بمخاطر لضمان نجاح المشروع وسوف يتناول هذا الفصل كيفية إدارة هذه المخاطر والتعامل معها.

تعاني المشاريع الإنشائية الكبيرة من مشاكل التأخر وزيادة الكلفة الفعلية عن الكلفة المقدرة مبدئياً وهذا يرجع إلي حد كبير إلي طبيعة صناعة التشييد المحفوفة بالمخاطر. فمعظم المشاريع تحدث مرة واحدة وبشكل فريد لا يتكرر، فكل مشروع يختلف عن الآخر ولا يوجد مشروعان يتفقان في جميع الخصائص والظروف مما يجعل كل مشروع له ظروفه الخاصة وتحدياته المتعلقة به وقد تتعرض كثير من المشاريع إلي عدد من المخاطر سوف يتم تناولها في هذا الفصل.

إن الأسلوب السائد والمتبع لمواجهة المخاطر في صناعة التشييد هو رصد مبالغ احتياطية تضاف إلى التكلفة لمواجهة هذه المخاطر ولكي يتم تحديد هذه المبالغ الاحتياطية على أسس سليمة وتطوير نظام فعال واقتصادي لإدارة هذه المخاطر يجب في بداية المشروع دراسة المخاطر المتوقعة وتحديد أنسب الأساليب لإدارة هذه المخاطر حتى يتم تفادي أي عواقب مستقبلية تؤثر على نجاح المشروع.

ويبين الشكل التخطيطي التالي (٢-١) مراحل إدارة وتحجيم المخاطر في مشاريع التشييد.


إدارة وتحجيم المخاطر في مشاريع التشييد
٢-١ تعريف المخاطر
٢-٢ تصنيف المخاطر
٢-٣ المخاطر من منظور الأطراف الرئيسية في التشييد
٢-٤ إدارة المخاطر في المشاريع الإنشائية
٢-٥ أساليب إدارة المخاطر
٢-٢-١ مخاطر متعلقة بالإدارة
٢-٢-٢ مخاطر متعلقة برب العمل أو صاحب العمل
٢-٢-٣مخاطر متعلقة بالمقاول
٢-٢-٤ عوامل ذات طبيعة عامة
٢-٢-٥ مخاطر متعلقة بضمان الجودة والتفتيش واستلام وقبول الأعمال وكذلك الكفالات والضمانات المقدمة من المقاول
٢-٢-٦ حالة الموقع
٢-٢-٧ عوامل السلامة
٢-٢-٨ المخاطر المتعلقة بمقاولي الباطن
٢-٢-٩ مخاطر متعلقة بالعمالة
٢-٣-١ منظور المقاول
٢-٣-٢ منظور رب العمل
٢-٣-٣ منظور مدير التشييد
٢-٣-٤ منظور المصمم
٢-٤-١ تقييم المخاطر
٢-٤-٢ خطوات إدارة المخاطر
٢-٥-١ قبول المخاطر
٢-٥-٢ تقليل تأثير المخاطر
٢-٥-٣ المشاركة وتقاسم المخاطر
٢-٥-٤ نقل المخاطر
٢-٥-٥ تلافي المخاطر
٢-٥-٦ أسلوب تقاسم المخاطر بين الأطراف المتعاقدة
٢-٥-٧ إدارة المخاطر
٢-٥-٨ حالة عملية

شكل (٢-١)

٢-١ تعريف المخاطر:- Risks Definition

المخاطر في التشييد هي أي عنصر قد يؤدي إلي الإضرار و الإخفاق في تحقيق أهداف المشروع وعدم نجاحه وقد تحدد عناصر النجاح بالجودة والتكلفة والإنجاز في الوقت المحدد واحتياطات السلامة والتنبيه على أي أحداث أخرى قد تضر بالعمل وكذلك ما قد يؤثر على أمن وسلامة المشروع . ولذا فإنه من الضروري بادئ ذي بدء أن تكون أهداف المشروع من حيث التكلفة والوقت والجودة المطلوبة وأي عناصر نجاح أخرى هي أهداف واقعية يمكن تحقيقها ، ولتحديد أهداف واقعية فإنه يجب في مرحلة متقدمة من المشروع تحديد العناصر التي قد تحمل في طياتها مخاطر وتقييم قدرة مختلف الأطراف المشاركة في المشروع على تحمل هذه المخاطر قبل توزيع المخاطر عليها.

٢-٢ تصنيف المخاطر:- Risks Classification

الخطوة الأولى التي يجب البدء بها في إدارة المخاطر هي تحديد وتصنيف مختلف المخاطر Risks Classification التي يمكن أن يتعرض لها مشروع معين وعلى الرغم مما سبق ذكره من أن كل مشروع في قطاع التشييد هو مشروع فريد بذاته إلا أن هناك مخاطر تكاد تكون عامة في قطاع التشييد ومنها على سبيل المثال لا الحصر ظروف التربة وعوامل الجو ومدى قدرة المقاول على الاستمرار وإنهاء العمل المطلوب وكذلك ضمان توفير التمويل المالي والسيولة طوال فترة المشروع سواء من قبل رب العمل أو المقاول .

وأحد الأساليب المتبعة في تحليل مخاطر المشروع هو تحديد قائمة بهذه المخاطر وفيها يتم حصر جميع العناصر التي قد تكون مصدر خطر للمشروع قيد الدراسة في جميع مراحله ، بعض هذه الأخطار تخص المشروع في حد ذاته أي مخاطر متعلقة بالمشروع قيد الدراسة كظروف الموقع وحالة التربة وبعض هذه العناصر عامة لأي مشروع أي أنها ليست متعلقة بالمشروع بحد ذاته كالأخطار المتعلقة بتغير الأسعار وارتفاعها أو انخفاضها ، ومن المخاطر المتعلقة بالمشروع في حد ذاته أيضاً نوع العقد والمقاول ونوعية رب العمل وأسلوب الإدارة ومدى التعقيد الفني في المشروع من حيث طرق التشييد والمواد المستعملة ومكان المشروع والطرق والمداخل والمخارج للمشروع وجودة ونوعية التصميم والبرنامج الزمني المحدد للمشروع فكلما كانت المدة محددة بدقة دون وجود فترات سماح كلما كان هناك مخاطر للتأخير. وإلي جانب هذه المخاطر فإن هناك عناصر أخرى من المخاطر تتمثل في الظروف القاهرة

كالحرائق والبراكين والإضرابات والفيضانات أو ظروف طارئة لم يكن من الممكن توقعها عند بداية المشروع.

ونورد فيما يلي تصنيف بالمخاطر التي من الممكن أن يتعرض إليها مشروع التشييد وذلك للاسترشاد لا الحصر.

٢-٢-١ مخاطر متعلقة بالإدارة:- Management-Related Risks

- عدم كفاءة الإدارة Competence of Management
- عدم قدرة الإدارة على اتخاذ القرار Management Indecision
- الأخطاء في التقدير والحكم على الأمور Mistakes in Judgment
- نقص الخبرة للكوادر اللازمة للإدارة من حيث الإشراف والتوجيه.

Experience and availability of Personnel / Supervision / Management

٢-٢-٢ مخاطر متعلقة برب العمل أو صاحب العمل:

Owner-Related Risks

١. مدة المشروع Contract time

٢. حجم المشروع وما يترتب عن ذلك من مخاطر متعلقة بحجم الأعمال.
Inherent problems of scale

٣. عدم التنسيق بين مختلف المقاولين.
Separate contracts: coordination problems

٤. عدم تقديم الموافقات وتقديم المعلومات في وقت معقول
Timely approvals

٥. عدم القدرة على تحديد العمل المطلوب Poor briefing

٦. توقعات غير واقعية مغايرة للمطلوب حسب المستندات التعاقدية.
Expectations are at variance with contract documents

٧. إدخال تغييرات في أثناء التنفيذ.
The owner changes his mind during construction

٨. استعمال عقود قياسية وإدخال تعديلات عليها بشكل غير مدروس مما يؤدي إلي حدوث تناقضات بينها.

owner requests a change to the standard contract

٩. عدم القدرة على توفير التمويل اللازم.

Poor financial arrangements, leading to late payments

١٠. تحديد ميزانية مسبقة للمشروع وعدم القدرة على تغييرها للتوافق مع التغييرات المتوقعة.

A rigid budget determined by an Owner who has difficulty changing it,

١١. عدم قدرة رب العمل علي أخذ القرارات اللازمة في حينها .

Owner's reluctance to reach decisions that might be criticized

١٢. تدخل صاحب العمل في العقد بشكل يخالف المتفق عليه ويخالف توزيع الصلاحيات المحددة سابقا.

Interference of an Owner outside the contract process

١٣. تدخل رب العمل في القرارات الفنية مع عدم الرجوع للفنيين المختصين وكذلك تدخله بشكل يحد من صلاحيات الإشراف المحددة بالعقد.

Interference of the employer in the technical issues and supervision authorities outside the scope of the contract

١٤. عدم الوضوح في تحديد الأتعاب وتفهم الالتزامات.

Ambiguities in the fee structure and scope of services.

١٥. استعمال تصاميم وعناصر غير مدروسة أو تجرب لأول مرة.

Using unproved designs and elements for the first time.

١٦. التأخر في دراسة المطالبات والرد عليها.

Late in studying and responding to claim.

١٧. التأخر في تقديم المعلومات أو تقديم معلومات غير كافية.

Delay in supplying information, or insufficient information.

١٨. عدم وضوح المواصفات وتضاربها و اختيار مواصفات غير مناسبة للمشروع.

Ambiguities and contradictions in the project specifications.

١٩. التأخر في دراسة و اعتماد الأوامر التغييرية .

Late in studying and approving variations.

٢٠. عدم التنسيق بين مختلف عناصر التصميم.

Lack of coordination between the design elements.

٢١. عدم محاسبة المقاول بشكل منصف

Under-paying the contractors

٢٢. عدم الوضوح والقدرة على تحديد الطلبات المتعلقة بالجهات الحكومية والاستجابة إليها بشكل فعال وسريع.

Unclear statutory and governmental regulations, and delay in responding to their requirements.

٢٣. عدم شرح الالتزامات التعاقدية لرب العمل وحدود مسئوليات كافة الأطراف.

Unclear employer obligations and responsibilities of all the other parties.

٢٤. عدم دراسة برنامج المقاول

Lack of study of the contractor's program

٢٥. عدم وضوح المسئوليات وكذلك طرق الاتصال بين مختلف العناصر المشاركة في المشروع.

Lack of understanding of responsibilities regarding the channels of communication among the various parties.

٢-٢-٣ مخاطر متعلقة بالمقاول:- Contractor Related Risks

١. أن يكون محل المشروع أو موقع المشروع بعيداً عن المناطق التي اعتاد المقاول العمل بها.

Geographic location relative to contractor's home office

٢. عدم معرفته بالعمالة الموجودة وطرق التفتيش الموجـــودة وكـــذلك أي سياسات أو لوائح متعلقة بالمشروع أو أي مشاكل إدارية أخرى .

Unfamiliar suppliers/labor/inspectors/politics

٣. ومن أكبر المخاطر للمقاول هي مخاطر تجهيز العطاء

Bid preparation حيث الوقت المسموح به ولزوم زيارة الموقع والتأكـــد من الأحوال وكذلك تحديد البرنامج الزمني وتسلسل الأعمـــال والوضـــع فـــي الاعتبار وجود بعض النواقص والأخطاء.

٤. تفسير المستندات Construction documents nterpretation

وذلك في حالة وجود أخطاء أو حذف أو عدم وضوح بعض العناصر التي تحتاج لتفسيرها.

٥. عدم وجود أسلوب وخطوات واضحة لتصحيح الأخطاء بين رب العمل والمصمم والمقاول.

Procedure to correct errors between owner, designer, contractor

٦. العطاءات المتنافسة وحالة الاقتصاد بصفة عامة ووقت الطرح

Competitive environment والمشاريع التي يقوم بها حاليـــاً وكـــذلك المشاريع المتعاقد عليها مستقبلياً .

٧. قدرته على الحصول على الكفالات. Bonding capacity

٨. سمعة المقاول. Reputation

٩. المصاريف الإدارية. Project overhead

١٠. حجم أعمال المقاول وطرق التحكم بالمشروع Project control

١١. خبرة المقاول. Expertise

١٢. القدرة على تقديم البدائل المختلفة.

Ability to produce alternatives

١٣. إدارة الصراعات. Conflict management

١٤. المؤثرات السياسية. Political influence

١٥. خبرته في فهم المواصفات وتفسيرها .

Experience in specification interpretation

١٦. قدرته على إدارة الموقع.

Site supervision and management

١٧. قدراته على التحكم في الكلفة وتبعاتها في أثناء سير العمل.

Cost control and monitoring

١٨. قدرته في الحصول على أسعار تنافسية من مقاولي الباطن.

Shopping by contractors

١٩. قدرته على توزيع العمل والجدولة والتنسيق بين مقاولي الباطن.

Ability to distribute work among subcontractors and coordinate their activities

٢٠. تأمينه لموارده المالية والقيام بالعمل المطلوب.

Availability of financing

٢١. قدرته على تقديم حلول مبتكرة .

Innovative rather than traditional design

٢٢. قدرته على الحصول على مواد جديدة.

Ability to secure new material

٢٣. قدرته على القيام بالتصميم إذا احتاج الأمر إلى التصميم وكذلك الظروف غير المنظورة .

Inability to design if the need arises due to unforeseen conditions

٢٤. مخاطر متعلقة بالمواصفات والمستندات التعاقدية.

Specifications/ContractTerms

٢٥. إدخال أنظمة جديدة وغير مألوفة.

Innovative systems or procedures

٢٦. إستعمال مواصفات غير قياسية.

Non-standardized specifications

٢٧. شروط تعاقدية غير معتادة.

Non-standardized general specifications

٢٨. عدم الوضوح أو عدم تحديد المسئوليات في بنود العقد.

Ambiguities in obligations based on the contract.

٢٩. بعض البنود التي تنص على أن يتم العمل وفقاً لرضاء المهنـــدس ولا يوجد معايير واضحة في كيفية تحديد هذا الرضاء.

Engineer's "Satisfaction" clauses

٣٠. غموض في المواصفات وعدم اكتمال المستندات والأخطاء فيها.

Specification ambiguities and construction document deficiencies

٣١. مخاطر التغييرات التي تطرأ على العقد نتيجة أن رب العمل قد غيـــر احتياجاته.

Changes due to changes in Owner requirements.

٣٢. أخطاء في التصميم أو تضارب وتعارض بين مستندات العقد.

Design errors, omissions and contradictions in documents.

٣٣. تصرفات من طرف واحد يطلبها صاحب العمل سواء في التصميم أو التفاصيل أو القوى العاملة حسب ما يراه.

Unilateral action from the employer to change the design or details or manpower.

٣٤. التأخر في دفع المبالغ المستحقة نتيجة التغيرات.

Payment delays on change orders

٣٥. تأثير التغيير في الأعمال على المشروع.

impact: effect on unchanged work

٣٦. عدم الوصول إلي اتفاق فيما يتعلق بأسعار الأوامر التغييرية.

Price determination on changes

٣٧. تواجد المواد بالكمية المناسبة و في الوقت المناسب .

Availability of material with required quantity in the required time

٣٨. توافر المعدات اللازمة في الوقت المناسب .

Availability of equipment in the correct quantity and time.

٣٩. عيوب المصنعية والمواد.

Bad workmanship and materials

٤٠. عدم القدرة على التنبؤ بالأسعار أو الارتفاع المفاجئ لأسعار المـــواد الأساسية أو أسعار الوقود.

npredictable cost

٤١. التغيرات التقنية في المواد .

Innovative materials and equipment

٤٢. المواد التي يقدمها المقـــاول. Contractor-furnished materials

٤٣. أعمال التصنيع. Workmanship

٤٤. مشاكل (عيوب) في التصنيع. Fabrication problems

٤٥. تقديم المواد المكافئة وفقاً للعقد.

"Or equal" clause interpretation

٢-٢-٤ عوامل ذات طبيعة عامة:- General Factors

١- التأخير. Delays

إن التأخير في المشروع يمكن أن ينتج من الأطراف المتعلقة بالعقـــد مثـــل رب العمل، المقاول، المهندس أو لظروف طارئة أو بسبب القوة القاهرة ، ومـــا يتبع ذلك من تأخر في الأعمال وزيادة في الأسعار.

٢- إستخراج التراخيص Securing permits

٣- براءة الاختراع والتعدي عليها Violation of Patent Rights

٤- التشريعات والقوانين التي تصدر لاحقاً وتؤثر في سير العمل أو تـــؤثر في المشروع ككل.

Laws or regulations that came into effect after the start of work which might impact the work.

٥- التدخل من المجتمع أو الجماعة التي تعيش في محيط المشروع.

Interference from the community surrounding the project.

٦- التأثير على البيئة وجهات حماية البيئة.

Environmental impact and environmental protection agencies.

٧- التغير في الأسعار. Changes in prices

٨- التغير في أسعار العملات. Currency fluctuations

٩- التغير في الضرائب. Changes in taxation

١٠- أي أعمال ذات طبيعة عالمية على سبيل المثال في حالة الحظر التجاري وحظر استيراد بعض البضائع.

International changes like trade embargoes

١١- التغير في أسعار الطاقة أو أي أمور متعلقة بالطاقة والمواد.

Changes in energy cost and their impact on material and labor costs

١٢- الحروب وتدهور الحالة الأمنية والاستقرار في مكان المشروع .

٢-٢-٥ مخاطر متعلقة بضمان الجودة والتفتيش واستلام وقبول الأعمال وكذلك الضمانات و الكفالات المقدمة من المقاول:-

Quality Assurance/Quality Control, Inspection, Acceptance, and Warranties:-

١- وضوح كيفية قبول أو رفض الأعمال و الأسس التي تعتمد عليها.

Criteria for approval of work

٢- قبول المواد و الأعمال وفقاً للمواصفات.

Acceptance of materials based on specifications and alternatives

٣- الوثائق المطلوب تسجيلها. Project documentation

٤- الضمانات والكفالات المطلوب تقديمها. Warranties,

٥- الأداء وانتظام الدفع وتدفق السيولة.

Payment certification guarantees and bonds and cash flow.

٦- الدقة في تحديد السيولة المطلوبة.

Accurate estimation of cash flow

٧- السيولة المطلوبة في فترة التجهيز والإعداد للأعمال.

Cash requirements during bidding and initial site preparation

٨- عدم وجود دفعة مقدمة من رب العمل أو في حالة التأخير في تقديم دفعة مقدمة من رب العمل.

Delay in down payment or lack of down payment

٩- الدفعة الشهرية وانتظام الدفعة الشهرية.

Regular monthly payment

٢-٢-٦ حالة الموقع:- Site Conditions

وهناك عوامل أخرى متعلقة بالموقع وهي تغير حالة الموقع عما هو موضح في مستندات العقد والذي لا يمكن أن يدركه المقاول الخبير الذي هو من أهل الصنعة وكذلك مدى استعداد رب العمل والمهندس لتفهم هذه المتغيرات وتأثيرها على سعر العقد ، ومدى استجابة المهندس ورب العمل لمساعدة المقاول تجاه المتغيرات التي ظهرت ، وقد تكون بعض هذه المشاكل متعلقة بما تحت سطح الأرض أو فوق سطح الأرض أو عوامل جيولوجية أخرى قد تكون نتجت عن عدم إجراء الدراسة اللازمة والكافية لحالة الموقع أو لعدم توفر المعلومات اللازمة، إلي جانب وجود بعض النصوص التعاقدية التي تحمل المقاول كافة الأخطار المتعلقة بحالة الموقع أو حالة التربة، كذلك أحوال الجو من حيث الطقس والرياح والأمطار والفيضانات والعواصف والأمواج العاتية إلي جانب مخاطر الحرائق ما كان منها من صنع الإنسان وما كان من صنع عوامل الطبيعة كوجود متفجرات والمواد السامة وكذلك أعمال الخدمات المدفونة والمنشآت المؤقتة التي قد يقوم بها المقاول لإسكان جهازه.

٢-٢-٧ عوامل السلامة:- Safety

كذلك من المخاطر عوامل السلامة في المبنى والمنشأ في أثناء الإنشاء حيث أنه يمكن أن تتسرب مواد خطرة من موقع التشييد إلى المواقع المحيطة أو استعمال مواد مضرة بالصحة وكذلك ضمان سلامة العاملين في الموقع وكذلك سلامة الجمهور أثناء التنفيذ بما في ذلك سلامة المنشآت والمباني المحيطة بالموقع وكذلك احترام والالتزام بقواعد الأمن والسلامة وفقاً للوائح المعمول بها.

٢-٢-٨ المخاطر المتعلقة بمقاولي الباطن :- Subcontractors

١- مدي توافر هؤلاء المقاولين في الوقت المحدد ومدى قدرتهم على تقديم السعر المناسب.

Availability of subcontractors when they are needed and competitive pricing.

٢عدم قدرة مقاولي الباطن على الوفاء بالتزاماتهم وتأثير ذلك علـــى ســـير العمل.

Inability of subcontractors to meet their obligations and the impact of that on the progress of work.

٣- عدم قدره مقاولي الباطن على الوفاء بالأداء الفني المطلـــوب حـــسب العقد.

Inability of the subcontractor to adhere to the required quality and specifications.

٤- التنسيق بين مختلف مقاولي الباطن.

Coordination among subcontractors

٥- حذف الأعمال وزيادة الأعمال ومدى استجابة ورد فعل مقاولي الباطن.

Variations in the work and subcontractors' responses

٢-٢-٩ مخاطر متعلقة بالعمالة:- Labor

١- إنتاجية العمالة وأداؤهم سواء في موقع التشييد أو في أماكن التجهيـــز وكذا مدي تواجدهم والعجز في الحصول على العمالة المناسبة بمـــستوى الأداء المناسب.

Labor productivity availability, and level of competence

٢- التنسيق بين أطقم العمال. Coordination between labor crews

٣- الإضرابات . Strikes

٤- العوامل الاجتماعية والاقتصادية للعمالة المتوفرة.

Socio-economic factors and their impact on labor.

٥- الحالة المعنوية للعمال. Labor morale and attitudes

٦- السلوك الخطر للعمالة.	Unsafe conduct of labor
٧- عدم الاستقرار.	Instability
٨- أي مشاكل متعلقة بالقوانين المعمول بها.	Labor laws
٩- زيادة الأجور.	Wage changes

٢-٣ المخاطر من منظور الأطراف الرئيسية في التشييد:

٢-٣-١ منظور المقاول:

تعتمد شركات المقاولات في الحصول على عقود التشييد على تقديم العطاءات المطروحة، وبالقطع لن تفوز الشركة بكل مقاولة أو بكل عطاء، فعلى سبيل المثال في الدول الصناعية في بعض القطاعات حيث السوق التنافسية قد يقوم المقاول بتقديم أربعة عشر عطاء لكنه ينجح في ترسية عطاء واحد أي أن نسبة نجاحه في الحصول على عطاء في العادة ١/١٤. إن عملية إعداد العطاءات عملية مكلفة تقتضي الدراسة المتأنية لذا فإن المقاول دائماً ما يحاول أن يوازي بين التكاليف التي يتحملها في إعداد هذه العطاءات حيث يسعى أن يحد من هذه التكاليف لأنه لا يعوض أياً من هذه التكاليف في حالة عدم فوزه بالعطاء وتعتبر نوعاً من المصاريف الغير منظورة أو المصاريف التي يتحملها المقاول كتكاليف أعمال لذا فإن على المقاول أن يتحرى الدقة أو يختار بعناية المشروع الذي سوف يقوم بتسعيره حتى يتأكد في حالة فوزه بهذا المشروع بأن المشروع سيكون ناجحاً.

وهناك عناصر أساسية يجب على المقاول أن يضعها في اعتباره عند التقدم للمشروع أي المخاطر التي يجب أن يضعها في اعتباره عند تقديمه العطاء فليس هناك فائدة للمقاول في أن ينجح في الحصول على مشروع خاسر. وسوف نستعرض أهم هذه المخاطر التي تؤثر على المقاول:

١- رب العمل:- Owner

لاشك أن رب العمل له تأثير بالغ على مدى إمكانية نجاح المشروع من عدمه من وجهة نظر المقاول فرب العمل المتعاون الذي لا ينظر إلى المقاول نظرة عدائية ويعامل المقاول معاملة تتصف بحسن النية ووفقاً لشرف التعامل هو مالك ليس من السهل الحصول عليه أو شائع الوجود فيجب على المقاول أن يتحرى عن نوعية رب العمل وعن أسلوبه في الإدارة ومدى فهم رب العمل

لالتزاماته من حيث الدفع وتقديم المعلومات والتعاون كذلك مدى إطلاع رب العمل ودرايته بأبعاد العقد والتزامات المقاول وأن تكون توقعات رب العمل وفقاً لهذه الحدود ، أي أن تكون توقعات عملية ومنطقية ومنصفة طبقاً للعقد وهذه عناصر أساسية يجب على المقاول أن يتحراها قبل الدخول في العطاء أو التعامل مع رب العمل.

٢- الخبرة الشخصية وخبرة الشركة.

Company and Personal Experience

يجب على المقاول أيضاً أن يحدد نوعية عقود المقاولات التي يستطيع أن يقوم بها بكفاءة وهذا يعتمد إلي حد كبير على خبرة المقاول وقدراته وإمكانياته وتجاربه السابقة وعلى المقاول أن يكون في منتهى الحذر من الدخول في أنواع من العقود أو أنواع من الإنشاءات ليس عنده الخبرة الكافية بها وليس لديه الجهاز الفني القادر على تناولها وليس عنده دراية بمقاولي الباطن العاملين في هذا المجال وكيفية إدارتهم وأسلوب التعامل معهم فدخوله في مشاريع ليس له خبرة بها أو من نوعية مختلفة عن الأنواع التي اعتاد عليها يمكن أن تحمل في طياتها مخاطر كبيرة ، فإذا كان المقاول مثلاً قضى كل فترة خبرته في أعمال مرافق وبنية تحتية فإن دخوله في أعمال الموانئ على سبيل المثال تعد بالنسبة له مخاطرة كبيرة.

٣- المستندات التعاقدية للمشروع Contract Documents

من أهم عناصر المشروع التي يجب على المقاول أن يدرسها بعناية هي المستندات التعاقدية، إن هذه المستندات التعاقدية تتغير من مشروع إلي مشروع آخر حتى وإن استعملت بعض اللوائح النموذجية لوضع هذه المستندات التعاقدية حيث إن كثيراً من الملاك يقومون بتعديل بعض البنود وإلقاء المخاطر على المقاول مما قد يؤثر تأثيراً بالغ الأهمية على ربح المشروع.

ومن العناصر الأساسية التي يجب أن يعطيها المقاول عناية خاصة هي البنود المتعلقة بغرامات التأخير أو الأضرار الناتجة عن التأخير وكيفية حسابها وكيفية تقييمها مما قد يؤثر تأثيراً بالغاً على ربح المشروع أو قد ينتج عنه خسائر للمقاول. ويجب أيضاً العناية البالغة بالبنود المتعلقة بحالة الموقع ومدى اختلاف حالة الموقع عن ما هو مذكور في المستندات التعاقدية ومن الذي سوف يتحمل تبعات هذا الاختلاف وكيفية تسوية مثل هذه الأمور. ومن الأشياء المهمة التي يجب أن يعطيها المقاول عناية هي مدى الدقة في تحديد الأعمال المطلوبة

ومدى وضوح هذه الالتزامات لكافة الأطراف وخاصة فيما يتعلق بـالتغييرات المتوقعة على العقد وكيفية حساب القيمة الجديدة للعقد بعد هذه التغييرات ويجب أن يكون المقاول على حذر شديد مما هو مذكور في المستندات التعاقدية وخاصة فيما يتعلق بالشروط الحقوقية أو الشروط العامة حيث إنه يتم فيها تحديد كيفية توزيع المخاطر بين الأطراف وكذلك كيفية إدارة العقد كما سيتم تفصيله لاحقاً.

٤- نوعية العقود Contract Types

هناك عنصر آخر على جانب كبير من الأهمية وهو نوعية العقد ، فنوعية العقود في قطاع التشييد تختلف إختلافاً كبيراً فيما يتعلق بتوزيع المخاطر وكيفية المحاسبة ، بعض هذه العقود يحمل في طياته مخاطر عالية بالنسبة إلى عقود أخرى فعلى سبيل المثال عقد المبلغ الإجمالي الثابت المقطوع به مخاطر عالية بالنسبة للمقاول لو لم يتم تحديد مجال الأعمال ومواصفاتها بدقة ، وهناك أيضاً مخاطر تتعلق بالفرق ما بين الأعمال المنفذة فعلياً والأعمال المذكورة في المستندات التعاقدية وقد يتحمل هذا الفرق المقاول ، كذلك في الأحوال التي يكون فيها المحاسبة على أساس ضمان للقيمة النهائية للعقد أن لا تزيد عن حد معين ففي كثير من الأحيان ما يكون هذا الضمان منخفضاً بشكل غير واقعي ويتحمل المقاول تبعات ذلك.

وفي عقود سعر الوحدة عندما يتم حذف بعض الأعمال يؤثر ذلك بشكل كبير على المصاريف الإدارية والمصاريف الغير منظورة التي من الممكن أن يكون قد تم توزيعها على كافة البنود فحذف أحد الأعمال يكون له تأثير سلبي على ربحية المقاول . وتعتبر عقود التكلفة + هامش ربح أقل العقود مخاطرة بالنسبة للمقاول حيث يتحمل رب العمل التكلفة ويعطى المقاول هامش ربح متفق عليه ففي هذه الحالة تكون المخاطرة أقل على المقاول وكبيرة على رب العمل.

وعلى المقاول دراسة هذه العناصر بعناية ، وكثير من المقاولين يفضل استعمال نوع معين من العقود على آخر من منطلق أن له القدرة على تناول وعلاج المخاطر المترتبة على استخدام هذا النوع من العقد.

٥- مهندس المشروع Engineer/Architect

في كثير من الأحيان يعين الملاك مهندسين للقيام بأعمال التصميم بالمشروع وكذلك للإشراف على المشروع وهذا المهندس أيضا يعد (أو هؤلاء المهندسون يعدون) عنصراً أساسياً يجب أن يأخذه المقاول بعين الاعتبار عند التقدم

للمشروع فبالقطع ليست كل المكاتب الاستشارية متماثلة فبعضها ذات خبـرات عالية وينعكس ذلك في المستندات التعاقدية التي تخرجها فتكـون فـي العـادة مستندات مكتملة وواضحة بينما إذا كان مستوى المكتب متدني ففي العادة يكون أيضاً مستوى المستندات التعاقدية متدنياً وقد ينعكس ذلك سلبياً على أداء المقاول ويؤدي إلى كثير من التساؤلات والغموض والاستفسارات مما يعرقل سير العمل وسير البرنامج ، إلى جانب أنه إذا كان المكتب على كفاءة عالية يكون تصميمه في العادة متناسباً ومتلائماً مع البيئة وتكون عناصر التغيير فيه محدودة بعكـس إذا كان المكتب المصمم ليس ذو سمعة طيبة.

وما سبق أيضاً يمتد إلى قضية الإشراف فلكل مكتب نظامه في الإشـراف من حيث وضوح التعامل وقدرته على التعامل مع المقـاولين ودفعـه للعمـل فبعضهم قد يتخذ موقفاً عدائياً من المقاول بصفة عامة وبعضهم قد يكـون لـه موقف يتسم بالعدالة والتفاهم ودفع العمل والبعض الآخر يكون مـن الـصعب التعامل معه لذا يجب على المقاول التحري عن سمعة هذه المكاتـب وخلفياتهـا السابقة قبل التقدم والتعامل معها حيث إن هذا سوف يؤثر بالقطع تأثيراً كبيـراً على سير العمل وإدارته وحل النزاعات التي قد تنشأ خلال فترة التنفيذ.

٦- الجدول الزمني أو البرنامج المسموح به للمشروع:

Time Schedule

في كثير من الأحيان يطرح المشروع محدداً في المـدة الزمنيـة اللازمـة لإنجاز المشروع وهذه في العادة يحددها المهندس المصمم أو مدير الإنـشاءات وفي كثير من الأحيان يمكن أن تكون هذه المكاتب ليس لها دراية كافية بأعمال التشييد وتعاقداته المختلفة ويكون طرحهم قائماً في الغالب على حجم المـشروع بغض النظر عن الظروف الأخرى المحيطة به من حيث تعاقداته الفنية وظروف المكان وظروف العمالة إلى آخره ، إلا أن المقاول يجب أن ينظـر إلـى هـذا البرنامج نظرة واقعية لتحديد ما إذا كان من الممكن أن ينفذ المشروع في الوقت المحدد له ، و هل لديه الموارد الكافية واللازمة لإتمام الإنشاءات في هذا الوقت المحدد ، وإذا كانت مدة المشروع صغيرة هل لديه القدرة على العمـل بانتظـام عن طريق ورديات ، وفي العادة فإنه إذا كانت فترة التنفيذ محدودة وضيقة فإن ذلك يكون مؤشراً على وجود ضغوط داخلية وخارجية على المشروع وقد يؤدي إلى تصادمات مع رب العمل لذا فإنه إذا أيقن المقاول أن المدة المطروحة لهـذا المشروع ليست عملية فعليه أن يعيد النظر كليةً في التقدم لهذا المـشروع مـن

أساسه إلا إذا أيقن المقاول أن رب العمل لديه الحكمة في التعامل بإنصافه وتعويضه عن تكاليفه الزائدة نتيجة تعجيل المشروع .

٧- موقع المشروع: Location

ويجب أيضاً على المقاول أن يضع في اعتباره موقع المشروع من حيث سهولة الوصول إليه وبعده عن المواد الخام المطلوبة كذلك توفير العمالة في المكان المطلوب وتوفير مقاولي الباطن وأي عناصر متعلقة بالبيئة وتأثيرها على سير المشروع.

وفي النهاية فإنه يجب على المقاول أن ينتقي المشاريع التي يتقدم إليها بعناية فليس من الحكمة الاجتهاد وبذل مجهود كبير في الحصول على مشروع خاسر فيجب أن يراعي العناصر السابقة أو أي عناصر أخرى يعتقد أنها مصدر مخاطرة ويقيم الوضع كما سيتم توضيحه فيما بعد قبل أن يبذل أي جهد في إعداد العطاء.

والمخاطر السابق ذكرها قد تظهر في مختلف مراحل المشروع وبعضها يظهر بوضوح في أحد المراحل ولا يظهر في مراحل أخرى وبعضها يمكن تصنيفه على أنه ممكن إضافة تصنيفات أخرى كيفما يتراءى لمحلل المخاطر الذي يقوم بدراسة هذه المخاطر كما سيتم تفصيله فيما بعد.

٢-٣-٢ منظور رب العمل:

قليلا من أرباب الأعمال يعتقد أن عنصر المخاطرة ليس قائماً في مشاريع التشييد ولكن الغالبية العظمى منهم لا يعلم كيف يقيم ويحدد ويتابع ويدير هذه المخاطر، وتصبح العملية بالنسبة له عملية أمل وهو أن يتم المشروع بدون أن تؤدي هذه المخاطر إلي عواقب وخيمة.

وفي واقع الأمر فإن الدراسة العلمية لإدارة المخاطر تساعد رب العمل على تقليل ما قد يتعرض إليه من أضرار كما أنها تمكنه من اتخاذ القرار اللازم في الوقت المناسب لتفادي هذه الأضرار ، والكثير من الملاك يعتقدون أن أسلم طريقة لتناول هذه المخاطر هو إلقاؤها على الأطراف الأخرى ويغفلون عن أن إلقاء هذه المخاطر على أطراف أخرى يترتب عليه زيادة في سعر خدمات هذه الأطراف في محاولة منهم لاحتواء الضرر وبالرغم من هذا وفي كثير من الأحوال أثناء سير العمل نفسه تحاول هذه الأطراف التخلص من هذه الالتزامات وتصبح العملية عملية إلقاء اللوم ، فالكل يلقي اللوم على الآخر وكثيراً ما ينتهي

الأمر إلي المنازعات والمطالبات والتي تؤدي إلي مزيد من الأعطال ومزيد من التكلفة.

لذا فإنه ينصح بالنسبة للملاك القيام بدور مغاير لهذا الدور وهو محاولة الفهم العام للمشروع والمخاطر المحيطة به ثم القيام بدور أكثر إيجابية لإدارة المشروع وتحديد المخاطر بهدف أن يحقق المشروع أهدافه المرجوة ضمن التكلفة والوقت المحددين له وبإعطاء الجودة المطلوبة. وتتم عملية اتخاذ القرار على أسس مدروسة وينتج عن ذلك توزيع للمخاطر بشكل سليم، وإذا كانت هناك إجراءات احتياطية يمكن أيضا اتخاذها بشكل مدروس وبأقل تكلفة من مسألة إلقاء المخاطرة على الآخرين على أمل أن يقوموا بتحملها.

٢-٣-٣ منظور مدير التشييد:

أما بالنسبة لمدير المشروع فهدفه الأساسي هو إنجاز المشروع في خلال الوقت المحدد له بدون تخطي الميزانية المرصودة مع الحفاظ على الجودة المطلوبة ومراعاة الأمن والسلامة، واتخاذه للقرارات اليومية يتم بناء على خبرته السابقة وتناوله للأمور وحله للمشاكل كلما تطرأ دون الدخول في دراسة فعلية أو دراسة منظمة لأمور المخاطر وتؤخذ في العادة بشكل ضمني وبشكل كلي وإدارة الأمور من هذا المنطلق قد تحدث مشاكل لم تكن قد تم الإعداد لها وقد تؤدي إلى نتائج غير محمودة .

ولذلك فإنه من الضروري لتعاقدات المشاريع هذه الأيام أن يتم التخطيط المسبق للمخاطر وتجهيز القرارات المناسبة وتوزيع المسئوليات بشكل مدروس حتى عندما تطرأ هذه المخاطر تكون هناك خطة موضوعة مسبقاً لتناولها وتكون المسئوليات واضحة لمن يلقى على عاتقه إدارة هذه المخاطر مما يؤدي إلى وضوح الرؤية وقدرة العاملين في المشروع على التعاون بشكل فعال في حل المشاكل وعدم تفاقم المخاطر.

٢-٣-٤ منظور المصمم:

أما من منظور المصمم فإنه يجب تحديد المخاطر في بداية المشروع عند التصميم، فقد يكون من الممكن تصميم المبنى أو تصميم المنشأ بحيث يضع تلك المخاطر في الاعتبار، ومن أهم مسئوليات المصمم إيضاح هذه المخاطر واتخاذ التدابير اللازمة للحماية منها وكذلك وضعها في اعتباره عند عمل الرسومات والمواصفات وكثيراً من مكاتب التصميم تكون أيضاً مسئولة عن إعداد

المستندات التعاقدية وما فيها من شروط حقوقية لتوزيع المخاطر على الأطراف وتحديد أسلوب إدارة هذه المخاطر وهي عملية أساسية يتم فيها تحديد جميع عناصر المخاطر إدارة ومسئولية، لذا فإن هذه المرحلة تعد من أهم مراحل إدارة المخاطر وتقع على عاتق المصمم فيلتزم بالوفاء باحتياجات رب العمل وتحديد مجال العمل المطلوب بوضوح، واحترام اللوائح والقوانين المعمول بها والالتزام بالتكلفة المحددة وإعداد المستندات التعاقدية بطريقة واضحة يمكن على أساسها تقديم عطاءات مدروسة لتقديم منشأ عملي في بنائه وصيانته والتأكد من سلامة البيئة في أثناء التشييد وبعد التشييد وإتمام العمل خلال البرنامج الزمني المتعاقد عليه.

٢-٤ إدارة المخاطر في المشاريع الإنشائية:-

Project Risk Management

إدارة المخاطر عملية الغرض منها تنظيم تناول المخاطر التي تم تحديدها سابقاً أو غيرها بغرض تجنب أي أضرار سلبية علي مدة وجودة وتكلفة المشروع إلى جانب تعرض الجمهور لأي مخاطر والمحافظة على الأمن والسلامة للتجمعات الإنسانية المحيطة وعدم حدوث أي أضرار بالبيئة. وتتكون عملية إدارة المخاطر من عدة مراحل وهي التخطيط والتنظيم والقيادة والتنسيق والتحكم في مختلف الأنشطة بغرض تحجيم وتلافي أي أضرار قد تنتج عن هذه المخاطر.

وهناك خطوتان رئيسيتان في عملية إدارة المخاطر وهما :

١- تقييم المخاطر. Risk Assessment and Priority Risks

٢- إدارة المخاطر. Risk Management

٢-٤-١ تقييم المخاطر:- RISK ASSESSMENT

عملية تقييم المخاطر تتم في أي مرحلة من مراحل المشروع وكلما كانت في وقت مبكر كلما كان ذلك أفضل، ولا بد من إجراء عملية تقييم المخاطر ثم التحكم فيها حتى تكون عملية إدارة المخاطر فعالة، وعملية التحكم في المخاطر لا يمكن أن تكون فعالة دون أن تسبقها الخطوة الخاصة بتقييم المخاطر، وللأسف فإن الكثير من الناس يعتقد أنه إذا تم تقييم المخاطر فإنها تعد خطوة كافية ويحسبون أن هذا كل ما يحتاجون إليه وينفقون الكثير من الجهد والوقت

في تقييم المخاطر دون التحكم فيها بعد ذلك، ولكن هذا التقييم إن لم تتبعه خطوات فعالة للتحكم وإدارة هذه المخاطر فيعتبر إهداراً للوقت والجهد.

فمثلاً : يجب فحص ودراسة المشروع ككل والتأكد من جميع العناصر الغير منظورة وتأثيرها في المشروع والتي تمثل عنصر مفاجأة أو عنصر إعاقة.

وبعد أن تحدد مثل هذه العناصر كما تم ذكره سابقاً يجب تحديد ما هو احتمال وقوعها ومدى تأثيرها على أداء المشروع و على الإنجاز سواء كان التأثير من ناحية التكلفة أو من ناحية المدة الزمنية أو أي عنصر يعتمد ويتوقف نجاح المشروع عليه وذلك في حالة حدوثها.

بعض هذه المخاطر قد لا تكون موجودة في أحد المشاريع وبعضها قد تكون إحتمالية حدوثه ضئيلة أو ضعيفة ، وبعضه يمثل أهمية بالغة ، أو لا يكون له أهمية ، أو بين ذلك ، فيجب بعد تحديد هذه المخاطر وضع أولويات لها وتحديد أيها أكثر تأثيراً على المشروع حتى يتم إعطاؤه الأولوية اللازمة للدراسة لضمان المخاطر وتلافي بذل الجهد ودراسة المخاطر التي ليست ذات أهمية.

وقد يتم استثمار بعض الوقت والجهد في البداية لوضع خطط احتياطية لكيفية التحكم وإدارة هذه المخاطر في حالة وقوعها ، وكذلك تحديد الأشخاص المسئولين لمواجهة مثل هذه المخاطر إلى جانب وضع خطة للتحكم و التعامل مع هذه المخاطر في حالة وقوعها ، يضاف إلى ذلك وجود طريقة لتقييم نظام التحكم المقترح ومدى نجاح مدير المشروع في التحكم في المخاطر التي أسندت إليه لتناولها وإدارتها .

ويتم تحديد ذلك عن طريق ورشة عمل من ذوى الخبرة في أعمال المقاولة في التشييد و الاستفادة من التخصصات المختلفة و يتم تناول توزيع المسئولية لهذه المخاطر لسبل

مراقبة هذا مع الوقت.

٢-٤-٢ خطوات إدارة المخاطر :- Risk Management

١- تحديد المخاطر المحتملة من خلال عقد ورشة عمل في المرحلة الأولية للمشروع وقد يكون من الأجدى اقتصادياً انعقادها مع دراسة الهندسة القيمية وذلك لتوافر الوقت ووجود الخبرات وكذلك الأطراف المختلفة اللازم تواجدها لدراسة هذه المخاطر.

٢- تحديد أهمية المخاطر وبيان مدى احتمال حدوثها وتبعاتها ونوعها ثم ترتيبها وفقاً لذلك.

٣- تحديد أهم المخاطر التي سيتم تناولها بالدراسة والتحليل بناءاً على أهميتها.

٤- وضع خطة إدارة لهذه المخاطر والخطوات الواجب اتخاذها بهذا الشأن وتعيين المسئول عن تنفيذ هذه الخطوات.

٥- تحديد خطة متابعة إدارة هذه المخاطر وما إذا كانت تجري وفقاً للخطة أو يجب تعديل الخطة وفي العادة تكون المتابعة دورية في فترات مناسبة.

٦- تقدير التكلفة الفعلية لإدارة المخاطر ومقارنتها بالتكلفة التقديرية واتخاذ القرارات اللازمة.

٢-٥ أساليب إدارة المخاطر:- Risk Management

إن طرق تناول الملاك والمقاولين للمخاطر تتم ما بين قبولها أو تفاديها تماماً فعلى سبيل المثال إذا نظرنا إلي ارتفاع الأسعار بعد توقيع العقد كأحد المخاطر فإنه من الممكن أن يتخلص رب العمل من هذه المخاطر وذلك بالنص بالعقد على أن أي غلاء في الأسعار يتحمله المقاول ، وعلي الجانب الآخر إذا قبل رب العمل أن يتحمل هذه المخاطر فإن العقد يتحول إلى أحد عقود التكلفة وفي هذا العقد يتحمل رب العمل كافة التكاليف ويعطى المقاول هامش ربح نظير القيام بالأعمال مقدرا في بعض الأحيان بنسبة من قيمة العمل ، أو أن يتقاسما مخاطر الأسعار ومخاطر التكلفة كما في عقود المقايسة حيث يتحمل رب العمل زيادة التكلفة نتيجة زيادة الكميات بينما يتحمل المقاول زيادة التكلفة إذا نتجت عن زيادة الأسعار ، وعندما يقبل المقاول أن يتحمل مخاطر الأسعار فهو أيضا يتناولها بطرق مختلفة فإما أن ينقل هذه المخاطرة إلى مقاولي الباطن أو أن يتحملها عن طريق وضع مبالغ إحتياطية في تسعيره أو يتناولها عن طريق زيادة هامش الربح الذي يحدده في المقاولة .

وبناء على دراسات عدة أجريت في هذا المجال فإن هناك طرق مختلفة لتناول المخاطر وهي كالآتي:

١- قبول المخاطر. Risk Acceptance

٢- التقليل من أثر المخاطر. Risk Reduction

٣- المشاركة في تحمل المخاطر. Risk Sharing

٤- نقل مسئولية المخاطر على أطراف أخرى. Risk Transfer

٥- تفادي المخاطر. Risk Avoidance

وبصفة عامة يعد التأمين أحد أساليب نقل المخاطر إلى طرف ثالث فتتحمل شركة التأمين المخاطر نظير القسط الذي يدفع إليها وفقاً لبوليصة التأمين . وسنتناول بالتفصيل كل من هذه المعايير أو الأساليب في الفقرات التالية :

٢-٥-١ قبول المخاطر:- Risk Acceptance

في حالة قبول المخاطر يجب أولاً أن تحدد هذه المخاطر، ويمكن قبول المخاطرة طواعية أو عندما لا يكون هناك بديل لقبولها، أو عندما تكون هذه المخاطرة غير معلومة ويكون التعرض إليها ضرورياً لهذا العمل، أو من الطبيعي والمعتاد أن يتوقع سلبيات لهذه المخاطرة والمفروض أن يتم تحملها وقبولها، وفي بعض الأحيان يتم تحمل المخاطر نتيجة عدم الدراية بها وهذا هو الشائع في كثير من الأحيان عندما لا يقوم المقاول أو رب العمل بتحديد مخاطر المشروع فيتم تحمل الكثير من المخاطر نتيجة الجهل بها والجهل بتواجدها و في هذه الحالة يكون تحمل مثل هذه المخاطر مكلفاً للغاية حيث إنه لم يتم تحديد تبعاتها بدقة.

وقد يتحمل رب العمل أو المقاول التبعات السلبية لأحد المخاطر رغم أنه يعلمها بسبب الفشل في تحديد أسلوب إدارة تبعاتها واتخاذ التدابير اللازمة للتحكم فيها ، وقد يقبل تحمل هذه المخاطر ويحدد مبالغ إحتياطية لمواجهة النتائج السلبية لهذه المخاطر أو بطبيعة الحال يتم وضع مبلغ إحتياطي لكل مخاطره أو عنصر مخاطرة ويتم تجميع هذه المبالغ الاحتياطية اللازمة لمواجهة المخاطر وتدخل في حساب ميزانية المشروع وتقدر وتضاف إلى التكلفة المقدرة للمشروع، فعلى سبيل المثال إذا قبل المقاول القيام بعقد على أساس مبلغ ثابت فقد قبل تحمل مخاطر تغير الأسعار في خلال فترة تنفيذ العقد ويتم إضافة نسبة إلى التكلفة الإجمالية نظير إحتمالية حدوث هذه المخاطر .

٢-٥-٢ تقليل تأثير المخاطر:- Risk Reduction

في هذه الحالة يفترض أن رب العمل قد قبل أن يتحمل تبعات هذه المخاطر ولكنه يود اتخاذ الاحتياطات اللازمة للحد من نتائجها السلبية ، الأمر الذي يتم بإحدى طريقين :

أولا : التخفيض أو الحد من احتمال حدوثها .

ثانيا : تخفيض التبعات المالية في حالة حدوثها .

فمثلاً: إذا قبل رب العمل الدخول في عقد على أساس دفع كلفة الأعمال المنجزة فعليه اتخاذ الاحتياطات اللازمة، وهذا من الممكن تحقيقه بتعيين عناصر مؤهلة لإدارة المشروع، والتعامل مع مقاولين على درجة عالية من الكفاءة والخبرة، وكذلك إعداد برنامج جيد للتحكم في الأمن والسلامة، وتحديد المسئوليات بوضوح وخلق جهاز فعال لعملية التحكم ودراسة طرق التشييد وتحليلها قبل البدء في المشروع، كذلك تحديد العناصر الحرجة التي قد تؤدي إلى زيادة التكلفة بشكل مستمر ومنتظم، وكذلك إعداد البرامج التدريبية ودراسة مختلف العقود وإعادة تقييم المخاطر وإعداد الكوادر اللازمة لإدارة الأزمات، وأيضا اختيار بدائل أخرى لطرق التنفيذ والمواد البديلة ويتم كل هذا في مرحلة ما قبل توقيع العقد وكذلك السماح بقبول عطاءات بديلة وتطبيق هندسة القيمة Value Engineering في إدارة المشروع كما سيتم إيضاحه فيما بعد. كل هذه العناصر تعد من الأساليب والمقاييس والمعايير اللازمة لتقليل احتمالية المخاطر التي يتعرض لها المشروع.

٢-٥-٣ المشاركة وتقاسم المخاطر:- **Risk Sharing**

المشاركة في المخاطر في قطاع المقاولات تحدث بطرق عديدة وهي من الأساليب التي يفضلها الكثير الآن حيث يمكن توزيع المخاطر على مختلف الأطراف بدلاً من أن يتحملها طرف واحد، فعلى سبيل المثال قد تشترك مجموعة من المقاولين في مشروع واحد وهذا يعطي نوعاً من توزيع المخاطر بينهم وفقاً لمسئولية كل منهم عن المخاطر، ومن نماذج المشاركة في تحمل الأخطار عندما يتحمل رب العمل مخاطر الزيادة في السعر نظير أن يقدم له المقاول في نفس الوقت ضماناً بألا يتجاوز المشروع قيمة قصوى فعندئذ ذلك يتحمل رب العمل جزءاً من الزيادة في الأسعار نتيجة أي عوامل لم تكن منظورة عند توقيع العقد بينما يضمن المقاول للمالك أن لا تزيد التكلفة الإجمالية عن حد معين.

٢-٥-٤ نقل المخاطر:- **Risk Transfer**

نقل المخاطر يتم عادة بطريقتين فإما أن يحمل رب العمل هذه المخاطر مباشرة إلى أحد الأطراف المتعاقدة معه كالمقاول أو المصمم أو مورد المواد أو

مقاول الباطن ونتيجة تحمل أي طرف من هذه الأطراف للمخاطر فإنه يزيد في سعره ويتحملها، وإما أن يلجأ رب العمل إلى الحصول على تأمين أو كفالات ضد هذه المخاطر أي يلجأ إلى شركات التأمين لنقل المخاطر إليها، وتتحمل شركات التأمين مباشرة تبعات أي خسائر تنتج من سرقة المواد أو هلاكها في الحرائق أو كما يحدث في نقل مخاطر التصميم إلى المهندسين فقد يقدمون شهادات تأمين أو كفالات تضمن للمالك أنه في حالة حدوث أضرار أو أخطاء في أعمالهم فإن شركات التأمين تتحمل التبعات الناتجة عن ذلك بما في ذلك الأضرار التي تلحق بالأطراف الأخرى أو التكاليف اللازمة لإعادة الحال على ما كانت عليه أو التعويض بالقدر المناسب.

٢-٥-٥ تلافي المخاطر:- Risk Avoidance

يتم تفادي المخاطر إذا قرر رب العمل إلغاء المشروع كلية أو تفادي استعمال بعض عناصر المشروع التي تكون فيها تقنية عالية خشية من أن تحمل هذه التقنية في طياتها بعض المخاطر فيما يتعلق بالتشغيل .

٢ -٥-٦ أسلوب توزيع المخاطر بين الأطراف المتعاقدة:-

Risk Distribution

إنه لمن الضروري دراسة تقييم توزيع المخاطر بين رب العمل والمقاول وما يترتب عليه، وعلى كلا الطرفين إيجاد الطرق اللازمة لإدارة هذه المخاطر والتحكم فيها، فبالنسبة للمقاول فإنه بقدر ما يتحمل من مخاطر سوف يضيف مبالغ احتياطية في عطائه حتى تمكنه من تحمل هذه المخاطر، ولضمان النجاح فإنه يجب أن توزع المخاطر على الأطراف القادرة على تحملها وهى الأطراف التي من تاريخ سابقة أعمالها أظهرت القدرة على تحمل هذه المخاطر، فالأولى في توزيع المخاطر هو توزيعها على العناصر القادرة على مواجهتها وإدارتها والتحكم فيها بدلاً من إلقائها على أطراف لا تستطيع تحملها و بالتالي ينتج عنها ضعف في أدائها ، وأداء أي طرف من الأطراف يؤثر على الأداء الإجمالي للمشروع.

فالمخاطر التي لا يمكن للمقاول أن يتحكم فيها من الأفضل أن يتحملها رب العمل وتعطى المخاطر بالقدر الذي يمكن أن يدار أو للطرف الذي يمكن أن يدير هذه المخاطر وتوزيع المخاطر بفاعلية وعدالة يؤدي إلي نجاح المشروع أكثر من إلقاء المخاطر على أطراف لا تستطيع تحملها.

٢-٥-٧ إدارة المخاطر:- Risk Management

يتم إنجاز معظم المشاريع الإنشائية طبقاً للعقود المبرمة بين الأطراف القائمة في المراحل المختلفة للمشروع ورب العمل، والمستندات التعاقدية تمثل مضمون العقد بين رب العمل والأطراف المختلفة والتي على أساسها يتم إنجاز الأعمال والتزامات الأطراف المختلفة بالمخاطر التي سوف يتحملها والمخاطر التي تتحملها الأطراف الأخرى وماهية الأخطار التي سوف تنتج بعد عملية إعداد العقد وتصميمه، حيث أن العقد يعبر عما تم اتخاذه من قرارات بشأن توزيع نسبة المخاطر على الأطراف.

وتعكس عملية إدارة المخاطر تحديد وتحليل واتخاذ القرار بشأن المخاطر، وتصميم العقد هو الذي يحدد توزيع المخاطر على الأطراف المختلفة المشاركة في المشروع وينعكس هذا بالدرجة الأولى على نوع العقد وطرق الطرح والترسية والإدارة والضمانات والكماليات.

حيث يتم توزيع المخاطر والمشاركة فيها ، والشائع في العقود التقليدية أن يلقي رب العمل كافة المخاطر على المهندس المصمم والمقاول وفي العادة يقوم المهندس الذي يعد المستندات التعاقدية بنقل قدر كبير من هذه المخاطر وإلقائها على المقاول، والمقاول بدوره يلقيها على مقاولي الباطن ، وتجري العادة على أن تلجأ هذه الأطراف إلى شركات التأمين، للتأمين ضد هذه المخاطر أو الحصول على الكفالات اللازمة للوفاء بالالتزامات التعاقدية وهذا الأسلوب أثبتت التجارب أنه يخلق الكثير من النزاعات وفي كثير من الأحيان نجد أنه لا يؤدي الغرض المطلوب منه حيث إنه يضيف تكاليف هذه التأمينات والكفالات إلى جانب كلفة المشروع التي يتحملها رب العمل. وسوف يتم مناقشة هذا الموضوع بالتفصيل عند مناقشة تصميم وإعداد العقود.

أما الاتجاه المعاصر في قطاع التشييد ، فهو توزيع المخاطر بين الأطراف وعدم إلقائها على طرف واحد وذلك وفقاً للمبادئ التالية:-

١- الطرف الذي لديه القدرة على التحكم بالحوادث والوقائع التي قد تنتج عن هذه المخاطر.

٢- الطرف الذي له القدرة على إدارة المخاطر أو التحكم فيها.

٣- هل من الأفضل لرب العمل تحمل هذه المخاطر بدلاً من أن يلقيها على الطرف الآخر وقد ينتج عن ذلك تكاليف ضخمة قد يكون من الأجدى إقتصادياً

أن يتحملها أو يشارك في تحملها الطرف القادر على تحمل التبعات فمن الأجدى أن يقوم هو بإدارة هذه المخاطر وذلك لخلق فرصـــة لنجـــاح أكبـــر وأفـــضل للمشروع.

٤- ويجب التأكد من أن نقل هذه المخاطر إلى أحد الأطـــراف هـــل تفـــي بالغرض أو قد تؤدي عكس المطلوب ويجب أخذ هذا في الاعتبار عند تـــصميم العقد وتوزيع المخاطر على الأطراف المتعاقدة.

٥- حيث إن إرادة المتعاقدين يجب أن يعبر عنها وتصاغ في عقد يوضـــح الإرادة والنية، حتى يعلم كل طرف التزاماته وإذا ما حدث نزاع يمكن حله وفقاً لما يتفق عليه في العقد ولذا فإن الإلمام بالإطار القانوني على جانب كبير مـــن الأهمية إلى جانب أن القانون الواجب التطبيق الذي يجب على الأطراف الالتزام به يتحكم في توزيع المخاطر على سبيل المثال كيفية التعامـــل مـــع الظـــروف الطارئة والظروف القاهرة والتبعات التي يتحملها من يقوم بأعمال التشييد فـــإن القانون يحدد كيفية التعامل مع مثل هذه المخاطر إذا كـــان القـــانون الواجـــب التطبيق هو القانون المدني أي ضمانات يلتزم بها الأطراف وفقاً للقانون لذا فإن الكتاب سوف يتناول في الفصل التالي هذه الجوانب القانونية بغرض إيضاح تلك الأمور ذات العلاقة بنشاط مدير التشييد والتي يجب أن يعلمها لأغراض تصميم العقد وإدارته.

٢-٥-٨ حالة عملية:-

تعاني المشاريع الإنشائية الكبيرة من مشاكل التأخير وزيادة التكلفة الفعليـــة على التكلفة المقدرة مبدئياً لكل ما لـــه تأثير سواء بشكل مباشر أو غير مباشـــر على الوقت والتكلفة والمستوى الفني للمشروع وتم تصنيف المخاطر فـــي هـــذا الاستبيان ليتم تصنيف أهميتها من لجنة من الخبراء كالآتي:

المخــــــاطـــــر	احتمالية حدوثها في المشروع	تأثير حدوثها على المشروع
[١] مخاطر إدارية ومالية * مخاطر ناتجة عن شروط تعاقديه مجحفة		
* ضعف أو عدم وضوح طرق الاتصال بين الأطراف فـــي المشروع		
* تعدد العقود والضمانات و تداخلها بـــين الأطـــراف فـــي المشروع		
* طبيعة صناعة المقاولات من حيث تشتت الأعمال بـــين عدة أطراف (مقاول رئيسي، مقاول باطن، مورد ...الخ)		
* مخاطر متعلقة بالتعارض في مستندات العقد		
* نظام إرساء يحث على أقل العطاءات وما يلي ذلك مـــن مطالبات ونزاع .		
* عدم القدرة أو عدم الرغبة بالدفع من قبل أحد الأطراف		
* تداخل دور المهندس كممثل للمالك وبنفس الوقت يحكـــم في المنازعات بين رب العمل والمقاول		
* التشريعات والقوانين الحكومية التي تصدر لاحقاً و تؤثر في المشروع		
*الحرص على اتخاذ قرارات لاعتبارية شعبيه أو سياسية		
* محدودية الميزانية وإجراءات الموافقات		
* مشاكل استلام الموقع		
* التأخير في إصدار التراخيص والتصاريح		
* التشابك والتعارض في الصلاحيات		
* مواضع تتعلق بالعمالة مثل عدم التنظيم العمالي وعمالة غير مؤهلة ودون الخبرة والكفالات .		

المخـــــــاطـــــر	احتمالية حدوثها في المشروع	تأثير حدوثها على المشروع
[٢] مخاطر بيئية و جيوتقنية (متعلقة بجيولوجيا التربة) * مخاطر جوية (جو عاصف ، أعاصـير ، فيـضانات .. الخ)		
* وجود ردم للنفايات الخطرة والحاجـة لإعـادة تأهيـل الأرض		
* متطلبـات الهيئـة العامـة للبيئـة (درجـات التلـوث الضوضائي والهواء والمواد السامة ..)		
* الحاجة لإعادة تأهيل الأرض الملوثة		
* مشاكل الأرض الغير متوقعة والغير منظورة		
* اختبارات تربة غير كافية		
* ظهور آثار تاريخية غير متوقعة تحـت الأرض (موقـع أثري)		
[٣] مخاطر تقنية * أنظمة أو طرق تنفيذية جديدة أو مواد جديدة		
[٤] مخاطر تنفيذية أ – مخاطر متعلقة بالمكتب الاستشاري / المصمم : * تغيرات على التصميم و الموافقات المرتبطة بها		
* أخطاء ونواقص بالتصميم أو عدم اكتمال التصميم		
* استخدام تصاميم ذات سمات خاصة أو مبتكرة وغيـر مختبرة		
* عدم توفر الكفاءات اللازمة والمناسـبة عنـد المكتـب المصمم		
* عدم قدرة رب العمل على تحديد المطلوب		

المخـــــــاطـــــــر	احتمالية حدوثها في المشروع	تأثير حدوثها على المشروع
* عدم الوضوح في تعريف الالتزامات التعاقديـــة وقيمـــة الأتعاب للأعمال المطلوبة		
* التأخير في الـــرد علـــي المطالبـــات أو فـــي تـــسوية المطالبات		
* التأخر في تقديم المعلومات اللازمة		
* عدم توفر المعلومات أو الغموض في المواصفات		
* التغيرات (في مرحلة التصميم أو التنفيذ) والتأخر فـــي إصدار هذه التغيرات		
* عدم التنسيق بين مصادر المعلومات المختلفة		
* قيمة الدفعة أقل من المستحق		
* موافقات الجهات الرسمية اللازمة المختصة بالمشروع		
* عدم التوضيح لرب العمل آثار وتبعات التغير		
* مخاطر متعلقة بعدم دراسة برنامج عمل المقاول وطرق تنفيذ الأعمال		
* تحديد غير واضح لمسئوليات الجهاز الاستشاري		
* نقص في خبرة الجهاز الاستشاري		
ب – مخاطر متعلقة بالمقاول * مدى خبرة المقاول		
* عدم قدرته على تلبية احتياجات المـــشروع مـــن مـــواد البناء من حيث الجودة والكمية		
* عدم وضوح مواصفات المواد المقدمـــة أو مواصـــفات المصنعية		
* إضراب العمالة و توقفهم عن العمل و المفاوضات معهم		

المخـــــــاطـــــــر	احتمالية حدوثها في المشروع	تأثير حدوثها على المشروع
* مدى خبرة العمالة الفنية على الأعمال المعهــودة لهــم وتوفر التراخيص الفنية اللازمة		
* عدم قدرته علي إدارة مقاولي الباطن و التنسيق بينهم		
* عدم قدرته على إدارة الموقع		
* ضعف برنامج عمل المقاول		
* عيوب في المصنعية		
*الخلافات مع مقاولي الباطن والموردين		
* تأخير الدفعات عن مقاولي الباطن والموردين		
* مطالبات مصطنعة خلال و/أو عند نهاية العقد		
* مخاطر متعلقة ببنود الأعمال الغير منظورة		
جـــ – مخاطر متعلقة بمقاولي الباطن * عدم توافق عقد المقاول من الباطن مع عقــد المقـــاول الرئيسي		
* عدم تزويد المقـــاول الرئيـــسي بالمعلومـــات اللازمـــة والمتعلقة بالتصميم في الوقت المناسب		
*عدم الالتزام بشروط العقد		
*عدم القدرة على تقديم تحليل للأسعار المطلوبة في الوقت المناسب		
د – مخاطر متعلقة برب العمل * الاختلاف بين متطلبات رب العمل وحقوقه وفقاً لصيغة العقد		
* تغير في رأي رب العمل خلال التنفيذ		

المخـــــــاطـــــر	احتمالية حدوثها في المشروع	تأثير حدوثها على المشروع
* تغيرات على شروط العقد الأساسية وإضافة بنود جديدة من قبل رب العمل		
* ضعف الموقف المالي مما يؤدي إلى تأخر بالدفع		
* ميزانيات غير مرنة حيث يتم تحديـد ميزانيـة مـسبقة للمشروع لا يمكن تغيرها		
* تردد الجهات الرسمية في اتخاذ القرارات		
* التدخلات من قبل ممثل رب العمل في أمور خارجة عن إطار العقد		
* تدخل رب العمل في صلاحيات ممثل رب العمل		
هــ- مخاطر متعلقة بإدارة المشروع * مخاطر متعلقة بتخطيط العمل(planning)		
* مخاطر متعلقة بالجدول الزمني(schedule)		
* مخاطر متعلقة بتقدير قيمة العمل		
و - مخاطر متعلقة بتجهيزات الموقع وإعداده * عوائق عند تسليم حدود الموقع		
* زحمة مرورية حول الموقع أو عند مدخل الموقع		
* صعوبة في نقل مواد البناء إلى الموقع		
ز - مخاطر متعلقة بتداخل الخدمات و/أو صيانة الخدمات * تداخل أعمال الموقع مع أعمال خدمات أخرى		
الصيانة المتعلقة بالخدمات الأساسية خلال عملية البناء (أنابيب الصرف - كهرباء - ماء ... الخ)		
* الربط بين الخدمات والمرافق الرئيسية عند الانتهاء		

المخـــــاطـــــر	احتمالية حدوثها في المشروع	تأثير حدوثها على المشروع
ح – مخاطر متعلقة بمشاريع الصيانة ومشاريع اســتكمال الأعمال * حالة البناء القائم والمواد الموجودة		
* وجود وصلات ربط بين البناء القائم والبناء الجديد		
* الحاجة إلى الإزالة أو الترميم الإضافي للبناء القائم		
ط – الأمن والسلامة خلال التنفيذ * إجــراءات الــسلامة الخاصـــة بالمقـــاول ورب العمـــل والأشخاص من خارج الموقع		
ك – مخاطر متعلقة بتشغيل المشروع * مخاطر متعلقة بتخطيط وجدولة اختبارات التشغيل		
* فشل أو خلل بالتشغيل		
* عدم توفر التدريب الكافي للتشغيل و/أو عــدم وضـــوح دليل التشغيل والصيانة		
ل – الموردين والمصنعين * عدم الالتزام و عيوب المصنعية و المواد		

**ويتم ملء البيانات وفقاً للآتي:

* وفي العمود الأول الخاص بأقل الوقوع:

يتم إعطاء رقم من ١–٥ تمثيل احتمالات وقوع هذا الحدث:

١– غير وارد — Impossible to occur

٢– غير محتمل. — Improbable

٣– احتمال وقوعه يساوى احتمال عدم وقوعه. — Equal Probability

٤–محتمل. — Probable

٥- محتمل بشكل كبير. Highly Probable

* أما في العمود الثاني: يتم إعطاء رقم من ١-٥ بتمثيل ساعات وقوع هذا الحدث:

١-ليس ذو قيمة. No Impact

٢- هامشي. Marginal

٣ -خطير. Serious

٤-حرج. Critical

٥-يمثل كارثة. Catastrophic

بعد أن يتم إعطاء قيمة لاحتمال وقوع عنصر الخطر وقيمة أخرى لمدى تأثره يتم استخراج حاصل ضرب القيمتين. فالمخاطر التي تحصل على قيم عالية هي المخاطر التي يجب التركيز عليها ودراستها، أما المخاطر التي تحصل على قيم متدنية فلا تؤخذ بعين الاعتبار.

مثال:

ـــصر	إحتمال الحدوث	التأثير	حاصل الضرب
أ	٣	٣	٩
ب	٥	٥	٢٥
ج	٢	١	٢

من الواضح أن العنصر ب هو الذي يجب التركيز عليه ودراسته كالأسلوب السابق شرحه.

فنفرض على سبيل المثال أن أهم عناصر المخاطر الرئيسية حسب الأوليات هي كالآتي:-

١- عدم جدية المقاول في العطاء المتقدم به.

٢-عدم قدرة المقاول علي إنجاز المشروع.

٣- مخاطر الحوادث التي قد تقع.

٤- الإنجاز في الوقت المحدد.

سوف نستعرض مثلاً الحلول المقترحة لإدارة كلاً من هذه المخاطر.

١- الالتزام بالتوقيع على العقد عند ترسية العقد عليه وجدية العطاء المقدم:

لضمان ذلك يقوم المقاول بتقديم كفالة عطاء هي في العادة بين ٢- ٥ % من قيمة العطاء وفي حالة امتناع المقاول عن الدخول في التعاقد يتم سحب الكفالة من الكفيل في العادة (مثل شركة التأمين أو البنك تعويضاً عن أضرار رب العمل نتيجة عدم جدية المقاول بالالتزام بالتعاقد) كما يعتبر تقديم هذه الكفالة كذلك مؤثر على وضع المقاول المالي.

٢- عدم قدرة المقاول على إنجاز الأعمال:

وهذا يدفع رب العمل إلى إعادة طرح وترسية الأعمال المتبقية والتي لم يستطع المقاول إنجازها على مقاول جديد مما يعني اضطراب في جودة الأعمال وزيادة في كلفة المشروع عن القيمة الأصلية له واحتياج رب العمل إلى تأمين الموارد المالية اللازمة لإنجاز الأعمال المتبقية.

يقوم المقاول بتقديم كفالة إنجاز عند توقيع العقد صالحة لمدة إنجاز المشروع ويتعهد كفيل المقاول (في العادة شركة تأمين أو بنك) بأن تدفع لرب العمل المال اللازم لتغطية الزيادة عن الكلفة الأصلية في حالة عجز المقاول لأي سبب من الأسباب عن عدم انجاز العمل ويجب أن تكون هذه الكفالة كافية لتوفير المال اللازم لرب العمل لإعادة تجهيز المستندات التعاقدية وإعادة طرح وترسية باقي الأعمال والتعويض عن أي أضرار نتيجة إخفاق المقاول الأصلي في إنجاز الأعمال وفقاً للعقد .

نموذج عمل مثل تلك الكفالة (النص التعاقدي النموذجي) :-

أ- الكفالة النهائية:

على المقاول خلال عشرين يوماً (٢٠) من إبلاغه بقرار ترسية المناقصة وقبل التوقيع على العقد أن يقدم كفالة نهائية لضمان تنفيذ العقد بمبلغ من القيمة الإجمالية للعقد، وذلك بموجب شيك مصدق أو كفالة مصرفية من مصرف معتمد في الدولة التي ينفذ فيها المشروع أو كفالة من شركة تأمين معتمدة ومرخص لها بالعمل في بلد التنفيذ وعلى أن تكون الكفالة سارية المفعول أصلاً، أو تمديدها لمدة إنجاز الأعمال المحددة في العقد ويجري تمديدها إلى أن يتم إصدار شهادة

الاستلام المؤقت للأعمال ويتحمل المقاول نفقات الحصول على هذه الكفالة وتمديدها عند الحاجة من جميع الوجوه ويحق لصاحب العمل أن يخصم من هذه الكفالة مباشرة وبدون حاجة إلى إنذار المقاول، أو إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية حيال المبالغ المستحقة له على المقاول، ويتعهد هذا الأخير بأن يبقي قيمة الكفالة النهائية كاملة غير منقوصة من قيمة الأشغال في حالة الخصم منها أو في حالة إجراء زيادة في قيمة هذه الأشغال على أن يتم تعديل قيمة الكفالة كلما طرأ تغيير يعادل ما نسبته ٥% من قيمة العقد. ويحتفظ صاحب العمل بالكفالة أثناء مدة إنجاز الأشغال ويفرج عنها بعد إصدار شهادة الاستلام المؤقت للأعمال وفقاً للعقد .

ب- سحب العمل من المقاول أو إلغاء العقد عند تقاعسه:

مثال لنص تعاقدي نموذجي:-

دون الإخلال بالحالات المنصوص عليها في مواد أخرى من هذه الشروط أو بالحقوق المقررة لصاحب العمل بمقتضى القانون ، أن يكون لصاحب العمل الحق في سحب العمل من المقاول أو تقرير إلغاؤه بموجب كتاب موصى عليه يصدر إلى المقاول مستنداً إلى موافقة صاحب العمل وبغير حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية وذلك في الحالات الآتية:-

أ- إذا تخلي المقاول عن العقد.

ب- إذا قصر بدون عذر مقبول في البدء بالأشغال أو أوقف السير بالأشغال لمدة ٢٨ يوماً بعد تسلمه إشعاراً من المهندس بالاستمرار.

ج- إذا لم يقم أو أخفق في إزالة مواد من الموقع أو في حالة هدم واستبدال عمل ما خلال مدة ٢٨ يوماً بعد تسلمه إشعاراً من المهندس بأن تلك المواد أو العمل قد تقرر رفضها أو إزالتها.

د- إذا لم يقم بتنفيذ الأشغال بموجب العقد أو أهمل بشكل واضح وبإصرار على عدم تنفيذ التزاماته بموجب العقد.

هـ- إذا قام بإسناد العمل كله أو بعضه لمقاول من الباطن دون موافقة المهندس المسبقة.

و- إذا بلغ تأخيره في إنجاز العمل أو تنفيذ مرحلة رئيسية فيه أكثر من (٢٠%) عشرين في المائة من نسبة الإنجاز المبينة في برنامج العمل بدون عذر مقبول.

ز- إذا أعطي المقاول أو من ينوب عنه أو أحد مستخدميه رشوة صريحة أو ضمنية في صورة مكافأة أو سلفة أو هدية لأحد موظفي صاحب العمل أو أية جهة أخرى لها علاقة بالعمل موضوع هذا العقد أو أي عقد آخر مبرم بين صاحب العمل والمقاول.

ح- إذا أفلس المقاول أو صدر ضده حكم بتعيين حارس قضائي أو قدم طلب تفليس أو قام بتنازلات لصالح دائنين أو وافق على تنفيذ العقد بإشراف لجنة دائنيه أو (في حالة حل المؤسسة) (عدا الحل الاختياري لأغراض الاندماج أو إعادة التأسيس) أو إذا تنازل المقاول عن العقد بدون موافقة صاحب العمل الخطية أو إذا صدر أمر بحجز بضائعه.

آثار السحب أو الإلغاء:

في حالة إلغاء العقد أو سحب العمل من المقاول طبقاً للفقرة السابقة أو أية أحكام أخري واردة بالعقد، يكون لصاحب العمل الحق في مصادرة التأمين النهائي دون حاجة إلى إنذار أو الالتجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أخرى، وذلك دون إخلال بحقه في المطالبة بتعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك وفضلاً عما ذكر فلصاحب العمل استعمال الحقوق الآتية على حساب المقاول:

١- أن يقوم بنفسه بتنفيذ الأعمال التي لم تتم أو أي جزء منها.

٢- أن يطرح كل أو بعض الأعمال التي لم تتم في المناقصة من جديد.

٣- أن يتفق مع أحد المقاولين بطريقة الممارسة على إتمام العمل أو أي جزء منه.

وفي جميع هذه الحالات يكون لصاحب العمل الحق في حجز كل أو بعض المعدات والآلات والأدوات والمواد التي استحضرها المقاول، واستعمالها في إتمام العمل وذلك دون أن يكون مسئولاً قبل المقاول أو الغير عن هذه الآلات أو الأدوات والمواد سواء فيما يصيبها من تلف أو نقص في القيمة، كذلك لا يسأل صاحب العمل عن دفع أي مبلغ يستحق للغير عن هذه المهمات أو عن دفع أي أجر عنها للمقاول أو الغير.

ويكون لصاحب العمل كذلك أن يحجز كل أو بعض الآلات والأدوات والمهمات الواردة ، وبعد إتمام العمل يعوض عن الخسائر التي تلحقه بسبب ذلك مقابل ما يتكبده من النفقات في هذا السبيل زيادة على قيمة العقد وإضافة إلى ذلك المصاريف الإدارية التي يتكبدها بسبب إلغاء العقد أو سحب العمل وتنفيذه بمعرفة مقاول آخر أو بواسطة موظفيه وعماله ومهماته، وتقدر هذه المصاريف الإدارية بعشرة في المائة من تكاليف الأعمال التي لم يقم المقاول بإتمامها.

لهذا الغرض يكون من حق صاحب العمل أن يمتنع عن صرف أية مبالغ تكون مستحقة إلى المقاول أو تستحق له حتى تتم تسوية هذه النفقات والخسائر والمصاريف الإدارية كذلك يكون له الحق تحقيقاً لذات الغرض في حجز كل أو بعض مستحقاته لدى رب العمل عن أي عقود أخرى وكذلك الحق في بيع الآلات والأدوات والمواد التي استحضرها المقاول بالكيفية التي يراها دون أن يكون مسئولاً عن أية خسارة قد تلحق المقاول من جراء بيعها.

وتعتبر بيانات صاحب العمل الخطية حجة قانونية بالنسبة لكل من صاحب العمل والمقاول فيما يتعلق بجميع المبالغ والنفقات التي تكبدها صاحب العمل في تنفيذ العقد وجميع المسائل المتصلة به، وكذلك فإن جميع العقود التي أبرمها صاحب العمل مع الآخرين لهذه الغاية تعتبر أساساً قانونياً للتصفية .

وإلى جانب النصوص التعاقدية لإدارة هذه المخاطر فإن هناك أيضاً إجراءات إدارية مثل تأهيل المقاول والتأكد من قدرته على الإنجاز قبل التعاقد معه ودراسة العرض المقدم منه للتأكد من أنه قادر علي إنجاز الأعمال بالكلفة المقترحة ، مع ضرورة وضع نظام لمتابعة سير العمل للتأكد من إنجاز المقاول للأعمال وفقاً للعقد والبرنامج.

٣- المخاطر الناتجة عن الحوادث التي تنتج في الموقع:

إن رب العمل يجعل مسئولية المقاول إصلاح هذه الأضرار وكذلك أن يقدم بوليصة تأمين على الأعمال ويقدمها قبل أن يتسلم موقع التشييد لتغطية هذه المخاطر.

ولذلك فإنه ينص في الشروط التعاقدية مثلاً على الآتي:-

حماية المواد والمعدات والآلات .... الخ:

"على المقاول أن يتحمل أية خسارة قد تحدث كنتيجة للسرقة أو الحريق أو التلف أو العوارض الجوية ... الخ لأية مواد يملكها أو يجهزها صاحب العمل

وأية مواد وآلات إنشائية يملكها المقاولون من الباطن أو آخرين يعملـون فـي الأشغال وعلى المقاول أن يأخذ بعين الاعتبار أية زيـادات للتـسوية المؤقتـة والمراقب قد يرى أنها ضرورية لما هو مطلوب".

التأمين علي الأشغال:

على المقاول قبل الميعاد المحدد للبدء الفعلي بتنفيذ الأشغال بالموقع وبدون تحديد لمسئولياته والتزاماته أن يؤمن لدي إحدى شركات التأمين علـى نفقتـه ولصالح كل من صاحب العمل والمقاول ضد جميع الخسائر أو الأضرار الناجمة عن أي سبب وذلك طوال مدة إنشاء الأشغال وأثناء مدة الصيانة ويكون التأمين على النحو التالي:-

١- بالقيمة الكاملة بما في ذلك أي تعديل للأشغال والأشغال المؤقتة التي يتم تنفيذها من حين لآخر.

٢- بالقيمة الكاملة للمواد والمعدات والآلات والأشياء الأخرى التي ينقلهـا للموقع بما في ذلك أي تعديل لها.

ولا بد من موافقة صاحب العمل على المؤمن وشروط التأمين (ولن تمنـع هذه الموافقة إلا بسبب مقبول) وعلى المقاول أن يقدم للمهندس أو من يمثله وثيقة أو وثائق التأمين وإيصالات دفع الأقساط المستحقة.

الأضرار التي تصيب الأشخاص والأموال:

على المقاول (إلا فيما ورد نص بخلافه وفي الحدود الـواردة بالعقـد) أن يضمن ويعوض صاحب العمل عن جميع الخسائر والمطالبات عن الإصابات أو الأضرار التي تلحق بأي شخص أو الممتلكات وبوجه عام عن كافة الأضـرار والتكاليف والغرامات التي قد تنجم عن الأعمال المتعلقـة بإنـشاء أو صـيانة الأشغال ويحق لصاحب العمل أن يخصم من مستحقات المقاول لديـه المبـالغ اللازمة للتعويض عن هذا الضرر وذلك دون حاجة إلى تنبيـه أو اتخـاذ أيـة إجراءات قضائية وبدون أن يكون للمقاول حق الاعتراض على هذا الخصم بأي وجه من الوجوه على أنه من المفهوم صراحة أنه ليس في هذه الشروط ما يجعل المقاول مسئولاً عن:-

- حق صاحب العمل في إنشاء أي أعمال أو قسم منهـا علـى الأرض أو تحت أي جزء منها.

- الأضرار الناتجة عن الإصابات والأضرار التي تصيب الأشـخاص أو الأموال كنتيجة لأي عمل أو إهمال يقع مـن صـاحب العمـل أو وكلائـه أو مستخدميه أو من المقاولين الآخرين (غير الذين يستخدمهم المقاول) أو يتسببون فيه.

٤- إنجاز العمل في الوقت المحدد:

الخطوات الواجب إتباعها:

يجب أن ينص العقد صراحة على أهمية الإنجاز في وقت معين وهذا يعطي رب العمل الحق في إلغاء العقد أو استدعاء مقاول آخر لإنجـاز العمـل علـى نفقـة المقاول الأول (مع مراعاة ما ينص عليه القانون)، كما تم ذكره في البند السابق، كذلك في حالة التأخر يعوض المقاول رب العمل عمـا أصـابه مـن أضرار.

يجب أن يقدم المقاول لرب العمل برنامجاً زمنياً مدروساً بعناية للعمل وفقاً له.

متابعة البرنامج الزمني فى حالة حدوث تأخر في البرنامج ، ويكون هنـاك التزام باتخاذ ما يلزم اتخاذه بخصوص التأخر وتحديد جوانب عمليـة لتعريـف التأخر والالتزام بالبرنامج الموجود.

يجب أن يكون البرنامج واقعياً ومدروساً ، كما يجب التأكد من أن المقـاول قد وفر الموارد اللازمة لإنجازه بالمعدلات المطلوبة .

توظيف الجهاز الفني الذي تكون لدية الدراية الفنية بمتابعة البرنامج علـى أحدث الطرق العلمية وتوفير نظم المعلومات اللازمة لدعم القرار.

ويمكن أن ينص العقد على الآتي:

تقديم البرامج:

١- على المقاول أن يقوم بتقديم برنامج العمل طبقاً لمـا جـاء بمـستندات ووثائق العقد.

٢- يشمل البرنامج على ما يلي كحد أدني:

٢-١ مخططاً توضيحياً للموقع العام يوضح طريقة تنظيم وتتـابع أعمـال المشروع.

٢-٢ شبكات تنفيذ مراحل العمل في المشروع بما في ذلك الخدمات المختلفة.

٢-٣ برامج زمنية خطية للأعمال المختلفة (بطريقة Bar Chart).

٢-٤ القراءة التوضيحية لبرامج العمل بواسطة الحاسب الآلي.

٢-٥ جداول الفترات الزمنية للأنشطة وما يلزمها من موارد.

٢-٦ جداول العمالة اللازمة للمشروع شهرياً خلال فترة تنفيذ الأعمال على أن يوضح كيفية الربط بين إنتاجية العمالة وإعداد الفرق (Crews) وطريقة إنتقالها – مع كميات الأعمال المختلفة.

٢-٧ جداول المعدات اللازمة وفترات تواجدها بالموقع مع الربط بين إنتاجية المعدة وكميات الأعمال المختلفة.

٢-٨ جدول استهلاك المواد مربوطاً بالبرنامج الشهري للإنجاز وكميات الأعمال المختلفة.

٢-٩ منحني التدفق المالي المتوقع للأعمال المنجزة.

Progress S-Curve

٢-١٠ منحني التدفق المالي المتوقع. Cash flow

٢-١١ جدول الموازنة التسعيرية للبنود.

٣- يلتزم المقاول في البرنامج الذي يقدمه للاعتماد بألا تقل نسب الإنجاز (نهاية متأخرة) عن ١٢,٥% ، ٣٥% ، ٧٠% مقابل، ربع، نصف، ثلاثة أرباع من مدة العقد. ويعتبر المقاول متأخراً في إنجاز الأعمال إذا كان جملة ما أنجزه تقل نسبته عن نسب الإنجاز الشهرية المبينة في برنامج العمل المعتمد. ولا تحتسب قيمة مشونات الخامات على أنها أجزاء من العمل وعلى المقاول أن يراعي عند إعداد برنامج تنفيذ الأعمال أن يحقق إنجاز عمل في كل فترة قيمته توازي على الأقل القيمة السابق بيانها إذ أنها وحدها ستحدد مدة تأخير العمل في مراحله المختلفة.

٤- إن المقاول مسئول مسئولية تامة عن دقة وكفاية البيانات المقدمة منه في البرامج وتعتبر تلك البيانات هي الحد الأدنى المطلوب لتنفيذ أعمال المشروع، ولا يعتبر اعتماد رب العمل للبرامج إقراراً بصحة البيانات الواردة فيه ولن تكون مسئولة عن أي زيادة يتطلبها إنجاز العمل سواء في المواد أو

العمالة أو المعدات أو غير ذلك من متطلبات العمل عما هو وارد في برنـــامج العمل المعتمد.

٥- على المقاول تقديم ثلاث نسخ من البيانات المدخلة لبرامج العمل وكـــل تحديث يتم الاتفاق عليه وذلك على أقراص مرنة ٣,٥ بوصة - كثافـــة عاليـــة (١,٤٤ ميجابت) على أن يكون ذلك بموجب أحدث إصدار لأحد مـــن البـــرامج المعتمدة.

٦- الحد الأدنى لبنود العمل التي يشملها البرنامج هو البنود المذكورة فـــي جداول كميات العقد.

٧- تحديث البيانات Updating، والتعديلات Revisions.

٧-١ يجب علي المقاول تحديث بيانات برنامج العمل مرة كل ثلاثة أشهر، أو بناء على طلب المهندس.

٧-٢ يتم تعديل البرنامج المعتمد للأسباب التالية:

١- إذا طلب رب العمل إدخال تغيير أساســـي وجـــوهري فـــي تسلـــسل الأعمال، بما في ذلك إصدار أمر / أوامر تغييرية تؤثر بصورة أساسية علـــى كمية وسير الأعمال.

٢- إذا تأخر المقاول عن تاريخ الإنجاز المتأخر.

٧-٣ جميع تكاليف تحديث البرنامج أو تعديله يتحملها المقاول.

٧-٤ على المقاول أن يقوم بتقديم البرنامج المحدث أو المعدل خلال المـــدة التي يحددها المهندس وإلا حق لصاحب العمل أن يوقع على المقـــاول غرامـــة تأخير مقدارها (فقط .... دينار كويتي) عن كل يوم تأخير أو جزء من اليوم حتى يتم تقديم البرنامج.

من هذا يتضح أنه بعد الانتهاء من دراسة المخاطر يتم إدارج هذه البنود في العقد أي أن العقد يجب أن يعكس ما تم إقراره في برنامج إدارة المخاطر ويؤخذ ذلك في الاعتبار عند صياغة العقد حتى يأتي العقد بآثاره وينشأ عنـــه حقـــوق والتزامات الأطراف والتي يجب أن تكون وفقاً للقانون الواجب التطبيق ولذا كان من الأهمية أن تكون صياغة العقد على قدر كبير من الدقة القانونية للقيام بهـــذه المهمة وهو ما سنقوم بعرضه في الفصل الثالث من هذا الكتاب .



الفصل الثالث

الثقافة القانونية للمهندسين ومدراء العقود

محتويات الفصل:

٣- ١ تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية.

٣-٢ أنواع القواعد القانونية.

٣-٣ المصادر الرسمية للقانون.

٣-٤ نطاق تطبيق القانون.

٣- مدخل لدراسة العلوم القانونية :-

مقدمة:

بداية يجب على دارس القانون أو من يرغب في المعرفة القانونية أن يبدأ بمعرفة الأسس التي يجب الإحاطة بها لفهم العلوم القانونية وتكوين الملكة القانونية من أجل ذلك يجب التعرف على القواعد القانونية وكيفية إصدار القانون ومن ثم مراتب التشريع ومصادره.

إن موضوعات نظرية القانون خصبة ومتعددة فهي حجر الأساس للدراسات القانونية وبدونها لا يستطيع دارس القانون أن يحيط بها إلا من خلال دراسة وفهم ماهية القواعد القانونية وبيان خصائصها وأنواعها ومصادرها ولهذا فإن دراستنا في نظرية القانون تنقسم إلى الفصول التالية:-

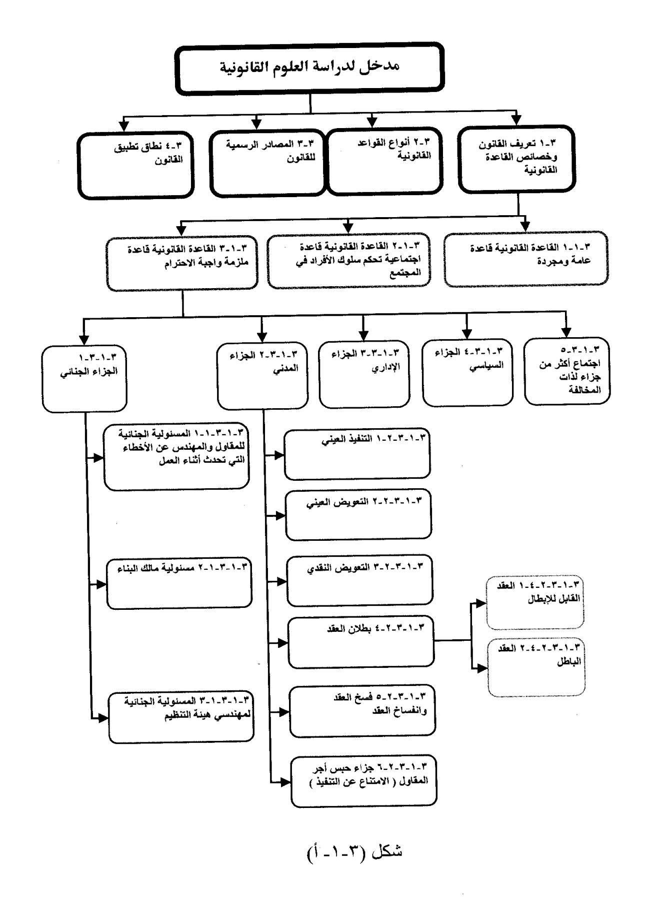
تعريف القانون وبيان خصائص القاعدة القانونية.

أقسام القانون.

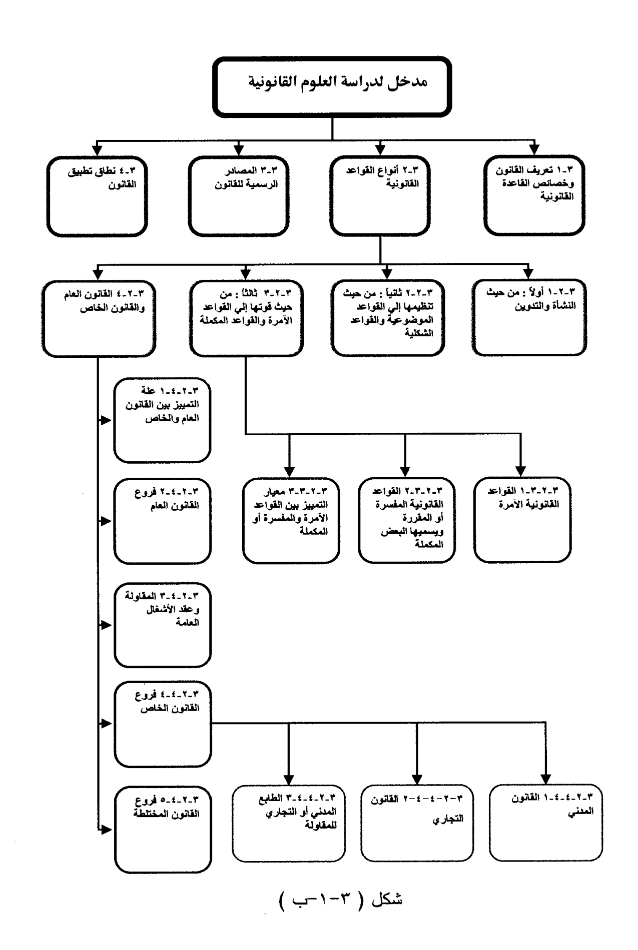
مصادر القانون.

نطاق تطبيق القانون.

هذا ويتناول الفصل الجوانب المتعلقة بالثقافة القانونية للمهندسين ومدراء العقود حسب الأشكال الموضحة (٣-١-أ) ، (٣-١-ب) ، (٣-١-ج)

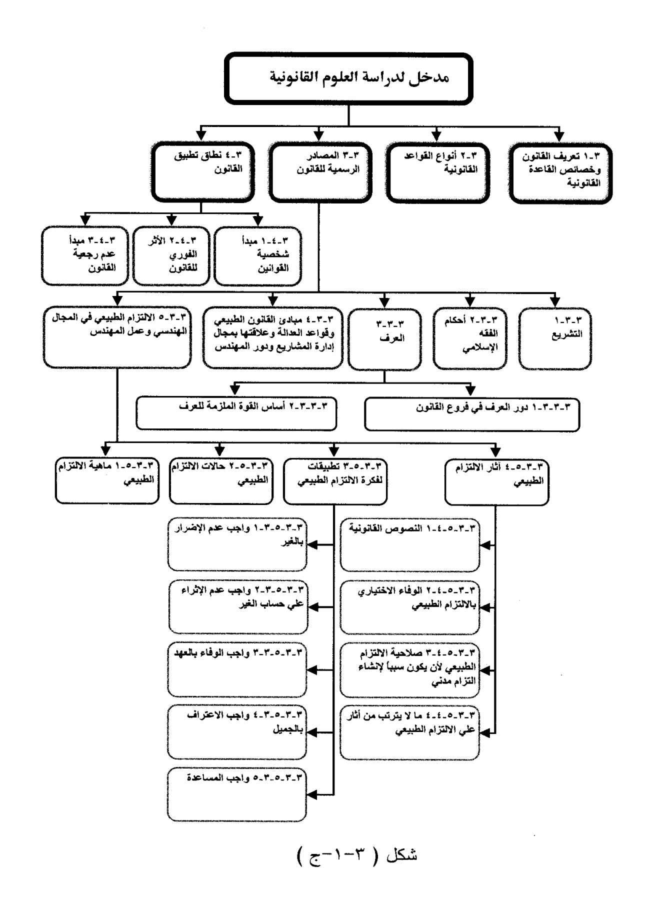

مدخل لدراسة العلوم القانونية
٣-١ تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية
٣-٢ أنواع القواعد القانونية
٣-٣ المصادر الرسمية للقانون
٣-٤ نطاق تطبيق القانون
٣-١-١ القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة
٣-١-٢ القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع
٣-١-٣ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة واجبة الاحترام
٣-١-٣-٥ اجتماع أكثر من جزاء لذات المخالفة
٣-١-٣-٤ الجزاء السياسي
٣-١-٣-٣ الجزاء الإداري
٣-١-٣-٢ الجزاء المدني
٣-١-٣-١ الجزاء الجنائي
٣-١-٣-١-١ المسئولية الجنائية للمقاول والمهندس عن الأخطاء التي تحدث أثناء العمل
٣-١-٣-١-٢ مسئولية مالك البناء
٣-١-٣-١-٣ المسئولية الجنائية لمهندسي هيئة التنظيم
٣-١-٣-٢-١ التنفيذ العيني
٣-١-٣-٢-٢ التعويض العيني
٣-١-٣-٢-٣ التعويض النقدي
٣-١-٣-٢-٤ بطلان العقد
٣-١-٣-٢-٤-١ العقد القابل للإبطال
٣-١-٣-٢-٤-٢ العقد الباطل
٣-١-٣-٢-٥ فسخ العقد وانفساخ العقد
٣-١-٣-٢-٦ جزاء حبس أجر المقاول (الامتناع عن التنفيذ)

شكل (٣-١- أ)



مدخل لدراسة العلوم القانونية
٣-١ تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية
٣-٢ أنواع القواعد القانونية
٣-٣ المصادر الرسمية للقانون
٣-٤ نطاق تطبيق القانون
٣-٢-١ أولاً : من حيث النشأة والتدوين
٣-٢-٢ ثانياً : من حيث تنظيمها إلي القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية
٣-٢-٣ ثالثاً : من حيث قوتها إلي القواعد الآمرة والقواعد المكملة
٣-٢-٤ القانون العام والقانون الخاص
٣-٢-٤-١ علة التمييز بين القانون العام والخاص
٣-٢-٤-٢ فروع القانون العام
٣-٢-٤-٣ المقاولة وعقد الأشغال العامة
٣-٢-٤-٤ فروع القانون الخاص
٣-٢-٤-٥ فروع القانون المختلطة
٣-٢-٣-١ القواعد القانونية الآمرة
٣-٢-٣-٢ القواعد القانونية المفسرة أو المقررة ويسميها البعض المكملة
٣-٢-٣-٣ معيار التمييز بين القواعد الآمرة والمفسرة أو المكملة
٣-٢-٤-٤-١ القانون المدني
٣-٢-٤-٤-٢ القانون التجاري
٣-٢-٤-٤-٣ الطابع المدني أو التجاري للمقاولة

شكل (٣-١-ب)



مدخل لدراسة العلوم القانونية
٣-١ تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية
٣-٢ أنواع القواعد القانونية
٣-٣ المصادر الرسمية للقانون
٣-٤ نطاق تطبيق القانون
٣-٤-١ مبدأ شخصية القوانين
٣-٤-٢ الأثر الفوري للقانون
٣-٤-٣ مبدأ عدم رجعية القانون
٣-٣-١ التشريع
٣-٣-٢ أحكام الفقه الإسلامي
٣-٣-٣ العرف
٣-٣-٤ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وعلاقتها بمجال إدارة المشاريع ودور المهندس
٣-٣-٥ الالتزام الطبيعي في المجال الهندسي وعمل المهندس
٣-٣-٣-١ دور العرف في فروع القانون
٣-٣-٣-٢ أساس القوة الملزمة للعرف
٣-٣-٥-٤ آثار الالتزام الطبيعي
٣-٣-٥-٣ تطبيقات لفكرة الالتزام الطبيعي
٣-٣-٥-٢ حالات الالتزام الطبيعي
٣-٣-٥-١ ماهية الالتزام الطبيعي
٣-٣-٥-٤-١ النصوص القانونية
٣-٣-٥-٤-٢ الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي
٣-٣-٥-٤-٣ صلاحية الالتزام الطبيعي لأن يكون سبباً لإنشاء التزام مدني
٣-٣-٥-٤-٤ ما لا يترتب من آثار علي الالتزام الطبيعي
٣-٣-٥-٣-١ واجب عدم الإضرار بالغير
٣-٣-٥-٣-٢ واجب عدم الإثراء علي حساب الغير
٣-٣-٥-٣-٣ واجب الوفاء بالعهد
٣-٣-٥-٣-٤ واجب الاعتراف بالجميل
٣-٣-٥-٣-٥ واجب المساعدة

شكل (٣-١-ج)

٣-١ أولاً:- تعريف القانون وخصائص القاعدة القانونية:-

عرف الفقهاء القانون بأنه " مجموعة القواعد العامة المجردة التـي تقرهـا الدولة لتنظيم سلوك الأفراد وعلاقة بعضهم ببعض أو بالمجتمع في سبيل تحقيق النظام الاجتماعي ويلتزم الأفراد باحترامها ولو باستعمال القوة عند الضرورة.

وبعبارة أخرى فالقانون هو مجموعة قواعد هدفها تنظيم شـئون الجماعـة وحماية النشاط الفردي بما يتلاءم وصالح الجماعة التي يعيش فيها كل منهم مبيناً حقوقهم وواجباتهم.

ومن تعريف القاعدة القانونية يمكن أن نستخلص الصفات الواجب توافرهـا في القاعدة القانونية كي تحكم سلوك الأفراد وتتلخص تلك الصفات فيما يلي:-

القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة.

القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية تنظم سلوك الأفراد في المجتمع.

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة واجبة الاحترام عن طريـق تـدخل الـسلطة العامة.

٣-١-١ القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة:-

(General and Abstract)

القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة ومعنى ذلك أنها ينبغـي أن تـصاغ وتوجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصيغة عامة تطبق على جميـع الأشـخاص وجميع الوقائع ممن يتوافر فيهم الصفات والشروط الواردة بها، فالخطاب فيهـا عام موجه إلى من تتوافر فيه الصفات المنصوص عليها فـي هـذه القاعـدة، والعمومية والتجريد وجهان لعملة واحدة، ولا يشترط أن يكون الخطـاب فـي القاعدة موجهاً إلى الناس جميعاً حتى تعتبر القاعدة قانونية، بل قـد ينـصرف الخطاب إلى طائفة معينة أو إلى فرد واحد فقط دون أن يقدح ذلك فيما للقاعـدة القانونية من عمومية وتجريد إذ العبرة ليست بعدد من تتوجـه إلـيهم القاعـدة القانونية وإنما بصفتهم مثل القواعد القانونيـة الخاصـة بطائفـة المهندسـين والمقاولين أو القواعد التي تتوجه إلى شخص واحد مثل التي تنظم مركز رئيس الدولة أو رئيس القضاء فالقاعدة لا تتوجه إلى هؤلاء الأشخاص بذواتهم ولكـن تتوجه إليهم بصفاتهم أي إلى كل من يشغل تلك المناصب سواء في الحاضر أو في المستقبل. ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ٦٥١ من القـانون المـدني المصري، وتقابلها المادة ٦٩٢ من القانون المدني الكويتي، ويقابلهما المادة ٨٨٠

من قانون المعاملات المالية لدولة الإمارات العربية المتحدة والتي تنص على (يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء). فهذا النص يعد قاعدة عامة ومجردة وإن كانت تخاطب فئة معينة هم المهندسون والمقاولون لأنها لا تخاطب مقاولاً معيناً بذاته أو مهندساً معيناً بذاته بل تتوجه إلى كل من تتوافر فيه صفة المقاول وكل من تتوافر فيه صفة المهندس، فهي تضع حكماً عاماً مجرداً يتعين تطبيقه على أي مبنى وعلى كل مقاول أو مهندس. أياً كان اسمه أو سنه أو عرقه أو مركزه الاجتماعي. وعموماً فالتجريد والعمومية صفتان متلازمتان حيث يترتب على كون القاعدة القانونية مجردة أن تصبح حتماً عامة.

والمحصلة أن تجريد القاعدة القانونية وعموميتها يعني تحقيق المساواة بين الأفراد المتساويين في المراكز القانونية إلا أنها قد لا تؤدي أحياناً إلى تحقيق العدالة لأن القاعدة تؤخذ في مبناها بالسائد والغالب في حين أن الأفراد قد تختلف ملكاتهم وقدراتهم مما يعني أن تحقيق المساواة في المعاملة قد يؤدي إلى الإجحاف بحق البعض.

٣-١-٢ القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع:-

Legal rules to regular society

القاعدة القانونية قاعدة إجتماعية لا توجد إلا إذا وجدت جماعة، لأن الجماعة هي التي تحتاج لقانون لتنظيم سلوك الأفراد بها وتنظيم العلاقة بين أفراد الجماعة وبعضهم البعض، فإذا لم توجد الجماعة فلا مجال لوجود القانون ، والدولة هي الصورة الواضحة اليوم لمثل هذه الجماعة (المجتمع) ولكي ينظم القانون الروابط الاجتماعية بين الأفراد ويتدخل لتنظيمها فلابد أن يكون هناك مظهر خارجي فلا يهتم القانون بالإحساس أو المشاعر أو النوايا طالما أنها لم تظهر إلى العالم الخارجي فقد يضمر الشخص الحقد لغيره من الناس بل وقد يعزم على قتل غيره ومع ذلك فإن القانون لا يتدخل طالما أن هذه الأمور لم تظهر إلى العالم الخارجي وبقيت في عالم النية والضمير ولكن القول بأن القانون يحكم السلوك الخارجي لا يعني استبعاد عامل النية بصورة مطلقة فقد يدخل القانون نوايا الأفراد ودوافعهم في الاعتبار في حدود صلتها بالسلوك الخارجي للأفراد من ذلك مثلاً حالة القتل فمجرد عزم شخص على قتل آخر لا شأن للقانون به ولكن إذا ترتب علي هذا العزم سلوك خارجي بأن قتله فعلاً فإن

القانون يتدخل ويبحث في نية القاتل ليرى ما إذا كان القتل خطـأً وعـن غيـر قصد، أم أنه كان مدبراً عن قصد أي كان هناك سبق إصرار على القتل.

ويمكن القول بصفة عامة أن القواعد القانونية تحكم في الأصـل الـسلوك الخارجي للأفراد ولا تهتم بالنوايا والبواعث، ولكن إذا تجاوز العمل مرحلة النية والتفكير ـ ودخل في دور التنفيذ أمكن البحث في الدوافع النفسية التي دفعت إليه وإدخالها في الاعتبار. وهناك قواعد تشترك مع القانون فـي تنظـيم الـسلوك الاجتماعي للأشخاص أهمها قواعد الأخلاق وقواعد الـدين وقواعـد العـادات والمجاملات.

أ- القاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية (Legal Rules and Ethics)

كل مجتمع يعرف مجموعة من قواعد الأخلاق، كتلك التي تحـض علـى التعاون ومساعدة الضعفاء وتجنب الكراهية والكذب والنفاق، فكل هذه القواعـد تعتبر قواعد للسلوك الاجتماعي ولا ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية لعدم توافر عنصر الإلزام فيها.

غير أن هناك الكثير من القواعد الأخلاقية التي يتوافر لها عنصر الإلـزام الجماعي، وهي بذلك تعتبر قواعد قانونية بمثل ما تعتبر قواعد أخلاقيـة، مثـل القواعد التي تحرم الاعتداء على النفس والمال والعرض، والقواعد التي تحـض على الوفاء بالعهود والتي تحرم الإثراء بطريق غير مشروع، فكلها تعتبر قواعد أخلاقية بالإضافة لكونها قاعدة قانونية لتوافر عنصر الإلزام فيها.

غير أن التقاء القانون والأخلاق على ذات القاعدة في بعض الأحوال لـيس معناه أن جميع قواعد القانون تعتبر قواعد أخلاقية في ذات الوقت، فهناك الكثير من القواعد القانونية لا تثير مسائل أخلاقية مثل قواعد تنظيم المرور والقواعـد التي تحدد مواعيد الطعن في الأحكام والقواعد التي تشترط الرسمية في بعـض التصرفات.

على هذا النحو يمكن القول بأن هناك منطقة يلتقي فيها القانون بالأخلاق، ثم ينفصل كل منهما عن الآخر بعد ذلك ليأخذ امتداده المستقل.

ب- القاعدة القانونية والقاعدة الدينية (Legal Rules and Religions)

نعلم أن القواعد الدينية هي مجموعة من قواعد السلوك التي تحـدد علاقـة الإنسان بربه، وهذه القواعد تتميز عن القواعد القانونية بعـدم وجـود الـصفة الاجتماعية لها، كما أن الدين يتضمن كثيراً من قواعد الـسلوك تحـدد علاقـة

الإنسان بالآخرين وتتوافر لها بذلك الصفة الاجتماعية. هذه القواعد تظل مع ذلك بعيدة عن منطقة القانون نظراً لعدم توافر عنصر الإلزام الاجتماعي لها.

وتتضمن قواعد الدين في الحقيقة تكليفاً ويتوافر لها جزاء ، غير أن هذا التكليف لا يكون صادراً عن المجتمع وإنما عن الله سبحانه و تعالى ، ولذلك كان جزاء مخالفة القواعد الدينية جزاء أخروياً وليس جزاء دنيوياً كما هو الحال في القواعد القانونية ، غير أن ذلك لا يمنع من إلتقاء القانون والدين على بعض القواعد، على نحو ما رأيناه بالنسبة لالتقاء القانون والأخلاق. ويمكن القول بصفة عامة بأن القواعد الأخلاقية التي يتوافر مقابل لها في القانون تعتبر في ذات الوقت قواعد دينية.

كذلك فإن القانون كثيراً ما يرجع إلى الدين لاعتماد بعض قواعده المتعلقة بالسلوك الاجتماعي ، ويتضح ذلك بصفة خاصة بالنسبة للأديان التي لا تقتصر قواعدها على تنظيم علاقة الإنسان بربه وإنما تتجاوز ذلك إلى تنظيم مسائل الدنيا كما هو الحال في الشريعة الإسلامية.

ج- القاعدة القانونية وقواعد العادات والمجاملات

(Legal Rules and Traditions)

يتعارف الناس في المجتمع على بعض قواعد السلوك الاجتماعي غير أنها لا تعتبر من قبيل القواعد القانونية لعدم توافر الاعتقاد في وجوب الإجبار على احترامها، كما هو الحال في القواعد القانونية. ومع ذلك فمن المتصور أن ترتقي بعض هذه القواعد إلى مرتبة القواعد القانونية ، وذلك إذا ما صارت من الأهمية بالنسبة للمجتمع على نحو يصير معه التكليف باحترامها من قبل المجتمع، كما لو صدر قانون بفرض زي معين على الناس أو على فئات منهم وكما لو صدر قانون يحرم عادة من العادات.

٣-١-٣ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة واجبة الاحترام :-

(should be obeyed)

القاعدة القانونية قاعدة ملزمة واجبة الاحترام ولو عن طريق تدخل السلطة العامة ، والمقصود بإلزام القاعدة القانونية أنه يجب على الأفراد احترامها وعدم مخالفتها وهم مجبرون على تنفيذها وليس لهم الخيار في إتباعها أو عدم إتباعها، فهذه الصفة نتيجة طبيعية ومنطقية لوظيفة القانون في تنظيم المجتمع حتى يسود الأمن الجماعي ، فالإلزام هو الاحترام وعدم المخالفة ، فالقاعدة القانونية

مفروضة على الجميع ولو بالقوة عند الضرورة ، وصفة الإلزام مشتركة بين القواعد القانونية وسائر القواعد الاجتماعية الأخرى كقواعد الدين والأخلاق ولكنها تتميز عنها جميعاً بالجزاء الذي تقترن به فهي تقترن بجزاء مادي ملموس توقعه السلطة العامة على من يخالفها ولو اقتضى الأمر استخدام القوة عند الضرورة، بينما ينحصر الجزاء في حال مخالفة قاعدة من قواعد الأخلاق على تأنيب الضمير وازدراء المجتمع، كما أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين يوقع على الشخص في الآخرة أو في الدنيا وفقاً لإرادة الخالق.

فالجزاء هو الأثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية وهذا الجزاء يختلف حسب نوع القاعدة ويتخذ الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية صوراً متعددة تختلف باختلاف القواعد القانونية ذاتها ونوع المخالفة.

ويمكن تصنيف أنواع الجزاء إلى أربع فئات رئيسية:- الجزاء الجنائي والجزاء المدني والجزاء الإداري والجزاء السياسي وسوف نستعرض فيما يلي وفي إطار المسئولية سواء الجزائية أو المدنية عن الأخطاء المهنية للمهندسين والمقاولين.

٣-١-٣-١ الجزاء الجنائي:- (Criminal Punishment)

هو الجزاء الذي يوقع على من يرتكب فعلاً تجرمه قاعدة جنائية وهو بذلك يعد أقصى أنواع الجزاء حيث أنه يوقع في حالة ارتكاب فعل يعد إخلالا بأمن المجتمع وسلامته، وهو عبارة عن عقوبات توقع على من يخالف قاعدة من قواعد قانون الجزاء. وقد تكون العقوبة بدنية كالإعدام أو السجن والحبس المؤبد أو المؤقت وقد تكون العقوبة مالية كالغرامة والمصادرة.

٣-١-٣-١-١ المسئولية الجنائية للمقاول والمهندس عن الأخطاء التي تحدث أثناء العمل:-

قد تقع حوادث أثناء سير المشاريع وبخاصة مشاريع التشييد مما يعرض القائمين عليها للجزاء الجنائي فالمقاول والمهندس مسئولان عن القتل الخطأ والإصابة الخطأ الناتجة عن انهيار المبنى نتيجة الخطأ في التنفيذ أو التصميم، وهذا النوع من المسئولية يستلزم توافر علاقة السببية بين النتيجة والخطأ المنسوب إلى هؤلاء.

وتستند المسئولية الجنائية للمقاول أو المهندس إلى الخطأ في إتمام الأعمال أو مراقبة العمال، ذلك أن تكليفهم بالإشراف على التنفيذ لا يقتصر على إعطاء

تعليمات للعمال القائمين على التنفيذ الفعلي، ولكن يتعين عليهما أن يقوما بواجبهما في الإشراف على التنفيذ ويترتب على عدم تنفيذ المهندس التنفيذي أو المقاول لالتزاماتهما قيام المسئولية الجنائية لكل منهما أي أن مسئوليتهما الجنائية قائمة سواء عند عدم مراعاة الأصول الفنية المقررة في تصميم أعمال البناء أو تنفيذها أو الإشراف على التنفيذ أو عدم مطابقة إعداد الرسومات والبيانات والمستندات التي تم الترخيص على أساسها أو التشييد في استخدام مواد البناء أو استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات المقررة سواء عن أعمالهم الفنية في التصميم أو التنفيذ أو إهمالهم في الإشراف على التنفيذ، وكذلك الغش في استخدام مواد البناء أو استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات. هذا مع عدم الإخلال بالمسئولية المدنية كلما توافرت شروط الضمان الخاص المنصوص عليها في المادة ٦٥١ مدني مصري،والمادة ٦٩٢ مدني كويتي ، ١٧٩٣ مدني فرنسي .

وهذه الصور من الجرائم تقع تامة دون لزوم أن ينهار المبنى، وسواء أدى ذلك إلى وفاة أو إصابة أحد الأشخاص أم لا، ويلاحظ أيضاً أن العقوبة المقررة لجرائم البناء أشد من تلك التي قررها القانون للقتل الخطأ، فلقد قررت المادة ٢٢ مكرر من القانون المدني المصري المعدلة بالمادة الأولى من القانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ العقوبات الآتية:-

"في حالة عدم مراعاة الأصول الفنية المقررة قانوناً في تصميم أعمال البناء أو تنفيذها أو الإشراف علي التنفيذ أو في متابعته أو عدم مطابقة التنفيذ للرسومات والبيانات والمستندات التي منح الترخيص على أساسها أو الغش في استخدام مواد البناء أو استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات المقررة تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيهاً ولا تجاوز قيمة الأعمال المخالفة أو بإحدى هاتين العقوبتين".

"تكون العقوبة السجن وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيهاً ولا تزيد عن قيمة الأعمال المخالفة إذا نتج عن ذلك سقوط البناء كلياً أو جزئياً أو صار آيلاً للسقوط".

"تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة وبغرامة لا تتجاوز قيمة الأعمال إذا نشأ عن الفعل وفاة شخص أو أكثر أو إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص".

"يحكم فضلاً عن ذلك بشطب اسم المهندس أو المصمم أو المشرف على التنفيذ أو المقاول من سجلات نقابة المهندسين أو سجلات اتحاد المقاولين حسب الأحوال".

٣-١-٣- ١-٢ مسئولية مالك البناء:-

إذا كان الانهيار الكلي أو الجزئي للبناء يرجع إلى خطأ المقاول أو المهندس المختص بالتصميم أو بالتنفيذ عندئذ لا يسأل مالك البناء مادام قد عهد إلى غيره بالتنفيذ.

وتأكيداً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الأصل أن من يشترك في أعمال الهدم والبناء لا يسأل إلا عن نتائج خطئه الشخصي، فصاحب العمل لا يعتبر مسئولاً جنائياً عما يصيب الغير من الأضرار بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة التي تقيهم ذلك، إلا إذا كان العمل جارياً تحت ملاحظته وإشرافه الخاص، فإن عهد به كله أو بعضه إلى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسئوليته فهو الذي يسأل عن نتائج خطئه. وذلك تطبيقاً لمبدأ وحدة الجريمة وشخصية العقوبة، بمعنى أن الجريمة والعقوبة لا تطبق إلا على مرتكبها فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

كما ينتفي الخطأ الجنائي ينتفي الخطأ المدني أيضاً في حق مالك البناء وأكد ذلك الحكم الصادر من محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت بالأدلة السائغة التي أوردها أن أعمال الترميمات في العقار محل الحادث كانت تجري تحت إشراف وملاحظة المهندس المحكوم عليه وانتهى إلى مساءلته وحده دون باقي المطعون ضدهم (ملاك العقار) وقضى برفض الدعوى المدنية قبلهم تبعاً لانتفاء مسئوليتهم، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون. (طعن رقم ١٠٥ لـ ٤ق جلسة ١٩٥٨/٦/١٢، صـ ٣٦٢، طعن رقم ٢لـ ٧ق و طعن رقم ١٧٣ لـ ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١/٢٢ طعن رقم ٥٧لـ ٨ق ، صـ ٣٨٩ وما بعدها).

و نورد فيما يلي بعض الحالات العملية التي تبين مدى مسئولية مالك البناء من عدمه.

الحالة الأولى:-

إذا أشرف مالك البناء على العمل مع أو بدلاً من المقاول فإنه يصبح عندئذ فاعلاً أصلياً في الجريمة لذلك قضى بأن المخدوم الذي يعطي أمراً بعمل شيء

يكون (ينشأ عن أمر يعقبه إهمال معاقب عليه) مسئولاً جنائياً كفاعل أصلي عن نتائج هذا العمل. فالمتهم الذي كان يدير بنفسه أشغال ترميم في بيته الخاص ثم يأمر أحد العمال بأن يلقي عرقاً من الخشب بلا حيطة وبإهمال ينشأ عنه جرح أحد المارة يعتبر كفاعل أصلي مسئولاً جنائياً بنص المادة ٢٠٨ عقوبات مصري.

الحالة الثانية:-

تأكيداً لذلك قضي بأن المالك دون المستأجر هو المطالب بتعهد ملكه وموالاته بأعمال الصيانة والترميم، فإذا قصر في ذلك كان مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الغير بهذا التقصير، ولا يعفيه من المسئولية أن يكون المستأجر قد قبل بأن يقوم بأعمال الترميم والصيانة اللازمة للعين المؤجرة، إذ على المالك لإخلاء مسئوليته إزاء الغير أن يتحقق من قيام المستأجر بما التزم به في هذا الشأن.

الحالة الثالثة :-

وتأكيداً لمبدأ المسئولية إذا قصر المالك في التزاماته وترتب على ذلك ضرر قضى بأنه:- من المقرر أن المالك مطالب بتعهد ملكه وموالاته بأعمال الصيانة والترميم، فإذا هو قصر في ذلك كان مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة هذا التقصير، وهو ما لم يخطئ الحكم في تقديره بما أثبته في حق الطاعن من أنه أهمل في التزاماته بمداومة منزله القديم من وقت لآخر مع حاجته إلى التنكيس الشامل وقت الحادث، ومن أنه لا يدرأ عنه التزامه هذا سبق قيامه بإجراء تنكيس من قبل. أما إذا صدر قرار بإزالة المبنى ولم ينسب الخطأ إلى مالك العقار في إحداث الحالة التي وصل إليها المبنى، وتم إعلان المقيمين بالمبنى بضرورة إخلائه ولكنهم تمسكوا بالإقامة فيه فسقط عليهم، فإن القضاء عندئذ لا ينسب الخطأ إلى صاحب المبنى.

٣-١-٣-١-٣ المسئولية الجنائية لمهندسي هيئة التنظيم:-

يلتزم مهندسو الجهة الإدارية المختصة بالتنظيم بالتحقق من مدى احترام المقاولين والمهندسين التنفيذيين للشروط التي يتطلب القانون مراعاتها في عملية البناء، وذلك بالانتقال إلى منطقة العمل والتفتيش على سير البناء. يضاف إلى ذلك أن مهندس التنظيم يلتزم بعدم القيام بأعمال تتعارض مع التزاماته الوظيفية،

ويسأل جنائياً عن الجرائم التي حددها القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ الخــاص بتنظيم أعمال البناء في مصر، وتنقسم هذه الجرائم إلى:-

أ- الموافقة على ترخيص البناء دون توافر الشروط القانونية:-

قد يوافق مهندس التنظيم على منح ترخيص البنـــاء بالمخالفــة لــشروطه القانونية، هذه الموافقة قد يكون الباعث عليها هو الحصول على مقابل معــين، عندئذ نكون بصدد جريمة الرشوة كما يكون الباعث على هذه الموافقة أحياناً هو المجاملة. يضاف إلى ذلك صعوبة إثبات أركان جريمة الرشوة، وهو مــا حــدا بالمشرع إلى استحداث صورة جديدة للتجريم بالمادة ٤ من القانون ١٠٦ لــسنة ١٩٧٦ المعدلة بالمادة الأولى من القانون ١٠١ لسنة ١٩٩٦، وهي الموافقة على ترخيص البناء بالمخالفة للشروط القانونية. وتعاقب المادة ٢٢ المعدلــة علــى مخالفة أحكام المادة الرابعة ضمن مواد أخرى حددتها بالحبس وبغرامة تعــادل قيمة الأعمال أو مواد البناء أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ولا تقتصر المسئولية الجنائية على مهندسي التنظيم بل تشمل كل موظــف من موظفي جهة التنظيم الذين يوافقون على إعطاء الترخيص بالمخالفة لأحكام القانون.

ب- الخطأ المهني الجسيم أو الإخلال بواجبات الوظيفة:-

تعاقب المادة ٢٢ من القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ المصري المعدلة بالقــانون ٢٥ لسنة ١٩٩٢ "كل من أهمل إهمالاً جسيماً أو أخل بواجبات وظيفتــه مــن الأشخاص المذكورين بالمادة ١٤ من هذا القانون مما ترتب على ذلــك وقــوع جريمة مما نص عليه في الفقرة الأولى بالسجن مدة لا تقل عن خمس ســنوات ولا تزيد عن عشر سنوات وغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنية ولا تزيد عن قيمة الأعمال المخالفة".

الشروط الواجب توافرها لكي تنشأ المسئولية الجنائية لمهندسي ومــوظفي التنظيم:-

١- إرتكاب سلوك عمدي أو إهمال جسيم.

٢- أن يشيد بناء بالمخالفة لأصول المهنة المتعلقة بإعداد الرسوم أو تنفيــذ الأعمال أو الإشراف على الأعمال أو استعمال مواد مخالفة للمواصفات.

٣- توافر علاقة السببية بين الخطأ وبين انهيار البناء المخالف أو المعيب، أي أن يكون المهندس أو موظف التنظيم هو الذي ارتكب الخطأ أو الإهمال الجسيم الذي تسبب عنه الضرر.

٣-١-٣-٢ الجزاء المدني:- (Civil Punishment)

هو الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة قاعدة قانونية تحمي حقاً خاصاً وليس حق المجتمع ككل، وقد يتخذ الجزاء المدني شكل إجبار المخالف لقاعدة قانونية على تنفيذ حكمها تنفيذاً مباشراً، كطرد غاصب العقار الشاغل لـه بغير سند وكإجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً كلما كان ذلك ممكناً دون إرهاق للمدين، أو حتى مع إرهاقه مادام عدم حصول الدائن على التنفيذ العيني للإلزام يلحق به ضرراً جسيماً.

كما قد يتخذ الجزاء المدني شكل التعويض. حيث إن كلاً من المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري والمادة ٢٢٧ من القانون المدني الكويتي تنصان على أن (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) . كما تنص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري والمادة ٢٩٣ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه) فهذا هو تنفيذ الالتزام بطريق التعويض.

٣-١-٣-٢-١ التنفيذ العيني:-

قد يكون الجزاء بالتنفيذ العيني وهو إجبار المدين على تنفيذ ما التزم به تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً وذلك طبقاً لنص المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري والمادة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي. ومثال ذلك إلزام المقاول بإتمام الأعمال وتصليح الأعمال المعيبة أو إلزام رب العمل بدفع قيمة الأعمال المنفذة من قبل المقاول في حالة عدم الدفع.

ومن المقرر وفقاً للمادة ٢٢٨ / ١ من القانون المدني أن (للدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين متى كان ذلك ممكناً ، وتطبيقاً لذلك فلرب العمل وفقاً لنص المادة ٦٦٧ / ١ مدني كويتي إذا تبين له أثناء سير العمل أن المقاول يقوم بتنفيذه على وجه معيب أو مخالف للعقد أن يطلب بعد إنذار المقاول فسخ العقد أو الإذن له بأن

يعهد إلي مقاول آخر إنجاز العمل علي نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك ، ومن ثم فإن تطلب إذن القضاء في أن يوكل رب العمل إلي مقاول آخر تنفيذ العمل متى كان المقاول الأول يقوم بتنفيذ العمل علي وجه معيب أو مخالف للعقد ، إنما يكون ذلك إذا كان رب العمل يريد الإلتزام عيناً ، أما إذا أراد تنفيذه بطريق التعويض فلا محل للحصول علي الإذن . (الطعن بالتمييز ٧٤ / ٩٢ تجاري جلسة ٢٥ – ١ – ١٩٩٤) .

٣-١-٣-٢-٢ التعويض العيني:-

تنص المادة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي و ٢٠٣ من القانون المدني المصري علي:

(١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً.

٢- علي أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً). وتضع هذه المادة المبدأ العام في التنفيذ العيني الجبري ، وما يرد عليه من استثناء بما يتفق مع نص المادة ٢٠١ من قانون التجارة الحالي مع بعض التعديل في الصياغة.

كما تنص المادة ٢٨٥ من القانون المدني الكويتي على أنه:

(إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء معين بنوعه ، ولم يقم المدين بإفراز شيء من النوع ذاته مملوك له ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من هذا النوع على نفقة المدين بعد إذن القاضي أو دون إذنه في حال الاستعجال. كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء ، دون إخلال في الحالتين بحقه في التعويض إن كان له مقتض). وتقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢٠٥.

وتنص المادة ٢٨٦ من القانون المدني الكويتي على أن:

(الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم). ويقابلها في القانون المدني المصري مادة٢٠٦ .

وتنص المادة ٢٨٧ من القانون المدني الكويتي على أنه: (١- إذا التزم المدين أن يسلم شيئاً ، ولم يقم بتسليمه بعد إعذاره ، كان هلاك الشئ عليه ، ولو كان هلاكه قبل الإعذار على الدائن. ٢- ومع ذلك، لايكون الهلاك على المدين

ولو أعذر ، إذا أثبت أن الشيء كان يهلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ، مالم يكن المدين قبل أن يتحمل تبعة القوة القاهرة أو الحـادث الفجـائي .٣- ....) ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢٠٧.

كما تنص المادة ٢٨٨ من القانون المدني الكويتي علـى أنـه: (١- فـي الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيـذ ممكنـاً. ٢- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام علـى نفقـة المـدين ، دون ترخيص من القضاء). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢٠٩.

وعن الالتزام بعمل فإنه إما أن يكون تنفيذه مما لايقتضي تـدخل المـدين شخصياً ، وإما أن يكون التنفيذ يقتضي تدخل المدين بشخصه والحالة الأولى هي الأصل وتعتبر الثانية إستثناء.

وتنص المادة ٢٨٩ من القانون المدني الكويتي على أنـه: (يقـوم حكـم القاضي مقام التنفيذ ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام).

وتعرض المادة ٢٨٩ للتنفيذ العيني عندما تسمح طبيعة الالتزام بـأن يقـوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، كما لو كنا بصدد بائع امتنـع عـن تنفيـذ التـزام بالتصديق على إمضائه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد ، كـذلك إذا امتنـع الواعد بالتعاقد ، بعد أن أظهر الموعود له رغبته في التوقيع على العقد الموعود به ، ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢١٠

وفي النصوص السابقة التي عرض فيها المشرع للالتـزام بعمـل ، كـان المقصود هو الالتزام بتحقيق غاية ، سواء في ذلك الالتـزام بتـسليم شـيء أو الالتزام بإنجاز عمل آخر مثل إقامة مبنى.

كما تنص المادة ٢٩٠ من القانون المدني الكويتي على أنه: (١- إذا كـان المطلوب من المدين أن يحافظ على شيء أو أن يقوم بإدارته ، أو كان المطلوب أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بـذل فـي تنفيذه عناية الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.٢- وفي كل حال يكون المدين مسئولاً عمـا يأتيه من غش أو خطأ جـسيم.) ويقابلهـا فـي القـانون المـدني المـصري المادة٢١١ .

وتعرض هذه المادة للالتزام بعمل إذا كان واجب المدين يقتصر على بذل عنايته ، سواءً كانت هذه العناية تتمثل في حفظ شيء أو في إدارته، أو كانت في القيام بعمل آخر مثل التزام الطبيب بالعلاج والمحامي بالدفاع عن موكله ، وفي هذا النوع من الالتزامات يكون المدين قد وفى بالتزامه إذا بذل العناية المطلوبة منه ، والأصل في العناية التي تتطلب من المدين ، وهي التي قررها النص ، هي عناية الشخص العادي ، كما في التزام المستعير بحفظ الشيء المعار والتزام المودع لديه غير المأجور بحفظ الشيء المودع ، كما قد يتفق على درجة خاصة من العناية تختلف عن عناية الشخص العادي ، فإذا قام المدين بالعناية المطلوبة منه فلا يكون مسئولاً ولو لم تتحقق الغاية التي قصد إليها لأن المدين لم يلتزم بتحقيق هذه الغاية ، على أنه إذا كان خطأ المدين يعتبر غشاً أو خطأً جسيماً ، فإنه يكون مسئولاً في هذه الحالة حتى ولو اتفق على إعفائه من المسئولية.

و تنص المادة ٢٩٢ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يطلب الحكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك.٢- وإذا رأت المحكمة أن مقدار الغرامة المحكوم بها غير كاف لحمل المدين على التنفيذ ، جاز لها أن تزيد في الغرامة كلما رأت داعياً للزيادة.٣- وإذا تم التنفيذ العيني ، أو أصر المدين على عدم التنفيذ ، حددت المحكمة مقدار التعويض الذي يلزم به المدين عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢١٣، ٢١٤.

وتعرض هذه المادة لما يسمى بالغرامة التهديدية أو التهديد المالي ، وهي وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العيني ، يلجأ إليها إذا كان التنفيذ العيني يقتضي أن يقوم به المدين نفسه وقد يكون الدائن في ذات الوقت حريصاً على التنفيذ العيني . والغرامة التهديدية التي يحكم بها القاضي ليست تعويضاً عن الضرر ، وإنما هي وسيلة لتهديد المدين لحمله على التنفيذ ، ولذلك لا يراعي القاضي في تقدير ما يحكم به التناسب مع الضرر بل يراعى مايراه كافياً لتهديد المدين ، ولذلك إذا رأى أن ما حكم به لم يثن المدين عن إصراره على عدم التنفيذ فإنه يمكنه إعادة النظر والزيادة في مقدار الغرامة ، ومادامت الغرامة هي مجرد تهديد للمدين فالحكم بها يكون حكماً وقتياً وليس واجب التنفيذ ، وتنتفي علة وجوده إذا اتخذ المدين موقفاً نهائياً أما التنفيذ أو الإصرار

على عدم التنفيذ فيعيد القاضي النظر في حكمه ليفصل في الموضوع ، فإن كان المدين قد نفذ فالقاضي لا يحكم عليه إلا بالتعويض عن التأخير في التنفيذ وإذا أصر المدين على عدم التنفيذ فيحكم القاضي بالتعويض عن عدم التنفيذ ويراعي القاضي في الحالتين ما لحق الدائن من ضرر ، كما يراعي ما يكون قد بدا من المدين من عنت.

وقد يتخذ الجزاء المدني شكل إعادة الحال إلى ما كانت عليه ويكون اللجوء إليه عند استحالة تنفيذ الالتزام عيناً وقد ترجع هذه الاستحالة مثلاً إلى أن عدم تنفيذ الالتزام قد وقع بصورة نهائية لا رجعة فيها. كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل معين من جانب المدين. إذ أن مجرد قيام المدين بهذا العمل يعني أن الالتزام لم ينفذ فقد يفتح المهندس مكتباً استشارياً قريباً من نفس المنطقة التي كان يعمل فيها لصالح طرف آخر مخالفاً بذلك التزام عدم المنافسة على فرض أن ذلك كان من شروط العمل في المكتب القديم. فعندئذ يجوز للقاضي أن يحكم بإغلاق المكتب الجديد الذي فتحه المهندس إخلالاً بالالتزام بعدم المنافسة وفقاً للعقد. ويأتي الحكم بإغلاق المكتب بمثابة تعويض عيني للدائن ثبت حقه فيه قانوناً طبقاً لنص المادة ٢٩١ من القانون المدني الكويتي و المادة ٢١٢ من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه (إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام ، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين).

ومن قبيل التعويض العيني أيضاً أن يأمر القاضي بهدم مبنى أقيم انتهاكاً لالتزام بعدم البناء.

٣-١-٣-٢-٣ التعويض النقدي :-

تنص المادة ٢٩٣ من القانون المدني الكويتي على أنه (عند تعذر تنفيذ الالتزام عيناً ، أو التأخير فيه ، يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لايد له فيه). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢١٥.

كما تنص المادة ٢٩٤ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا اشترك خطأ الدائن مع خطأ المدين في إحداث الضرر دون أن يستغرق أحد الخطأين

الآخر، حكمت المحكمة بإنقاص التعويض بما يقابل خطأ الدائن). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢١٦.

كذلك تنص المادة ٢٩٥ من القانون المدني الكويتي على أنه (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ).ويقابلها في القانون المدني المصري المادة٢١٧/١.

وتنص المادة ٢٩٦ من القانون المدني الكويتي على أنه (يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، أو التأخر في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم).ويقابلها في القانون المدني المصري المادة٢١٧/٢ .

وتنص المادة ٢٩٧ من القانون المدني الكويتي على أنه (لا يستحق التعويض إلا بعد إعذارالمدين ، ما لم يقض الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢١٨ .

كما تنص المادة ٢٩٨ من القانون المدني الكويتي على أنه (يكون إعذار المدين بإنذاره ، أو بورقة رسمية تقوم مقام الإنذار ، كما يجوز أن يكون الإعذار بأية وسيلة أخرى يتفق عليها). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢١٩.

وتعرض المادة ٢٩٨ لكيفية الإعذار ، والوسيلة الأولى التي يتحقق بها هي الإنذار وهو ورقة رسمية توجه من الدائن إلى المدين ، عن طريق مندوب الإعلان ، يطلب فيها الدائن من المدين تنفيذ التزامه ، ويقوم مقام الإنذار أي ورقة رسمية يتبين منها أن الدائن يريد أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه بشرط أن تعلن إلى المدين ، مثل صحيفة الدعوى أي التكليف بالحضور أمام المحكمة وكذلك إعلان السند التنفيذي الذي يسبق التنفيذ . وكما يكون الإعذار بالإنذار أو ما يقوم مقامه فإنه قد يتفق في العقد على أن يكون الإعذار بوسيلة أخرى كخطاب مسجل أو برقية فإذا كان من الجائز أن يتفق على عدم ضرورة الإعذار فمن باب أولى يجوز الإتفاق على طريقة معينة للإعذار ، لأن القاعدة التي تستوجب الإعذار ليست من النظام العام .

و تنص المادة ٢٩٩ من القانون المدني الكويتي على أنه (لا ضرورة للإعذار في الحالات التالية:

أ- إذا اتفق على أن يعتبر المدين مخلاً بالالتزام بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل.

ب- إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

ج- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

د- إذا كان محل الالتزام تسليم شئ يعلم المدين أنه مسروق أو رد شـــيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

هـــ- إذا صرح المدين كتابةً أنه لن ينفذ التزامه). ويقابلهـــا فـــي القـــانون المدني المصري المادة ٢٢٠ .

ويتضح من هذا النص الآتي :-

أولاً : أضاف المشرع الحالة (أ) التي تعتبر الإتفاق مقدماً على أن يكـــون المدين مخلاً بالتزامه بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل إتفاقاً علـــى عـــدم ضرورة الإعذار ، وذلك بعد أن استبعد المشرع هذه الحالة من نص المادة ٢٩٨ التي تبين كيفية الإعذار ، على خلاف نص المادة ٢١٥ من القـــانون الحـــالي ، فالواقع أن مثل هذا الاتفاق يغني عن الإعذار وليس طريقة من طرق الإعذار .

ثانياً: آثر المشرع في الحالة (ب) ألا يذكر العبارة الواردة في نص المـــادة ٢١٦ من قانون التجارة والتي تبدأ بالقول (وعلى الأخص ..) وذلـــك اكتفـــاء بالقاعدة العامة التي تسبقها ، كما أضاف نص المشرع مع نص القانون المصري والقوانين التي نقلت عنه الحالة(جـــ) والخاصة بالتعويض عـــن العمـــل غيـــر المشروع.

ثالثاً : عدل المشرع تعديلاً لفظياً في الحالتين (د)،(هـــ) المقابلتين للحـــالتين الواردتين في نص قانون التجارة برقمي ٣ و ٤ .

و تنص المادة ٣٠٠ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- تقدر المحكمة التعويض إذا لم يكن مقدراً في العقد أو بمقتضى نص في القانون.٢- ويـــشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هـــذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.٣- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطـــأ

جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادةً وقت التعاقد) ويقابلها في القانون المدني المصري المادة٢٢١.

" وتعرض المادة ٣٠٠ للأصل العام في تقدير التعويض ، أو التعويض القضائي حيث تقدره المحكمة وفقاً للضوابط التي وضعها المشرع، وحكمها يقابل المادة ١٦٣ من قانون التجارة ، الذي وضعه المشرع تحت عنوان المسئولية العقدية عن آثار العقد ، وكان من نتيجة هذا أن قصر النص الضوابط التي وضعها لتقدير التعويض على حالة الالتزام الناشئ عن العقد ، ولم ير المشرع أن يساير هذا الاتجاه لأن الضوابط هي الواجبة الإتباع أياً كان مصدر الالتزام ولهذا وضع النص مع النصوص الخاصة بالتنفيذ بطريق التعويض كما فعل المشرع المصري والقوانين الأخرى التي حذت حذوه ، وهذا الضرر الذي يلحق الشخص بسبب عدم تنفيذ الالتزام ، قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً ، والتعويض عن الضرر المادي وهو ما يصيب المضرور في مصلحة مالية، لا يحتاج إلى نص".

وتنص المادة ٣٠١ من القانون المدني الكويتي على أنه (يشمل التعويض الضرر الأدبي ، وتطبق في شأنه المادتان ٢٣١ و ٢٣٢) ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ١/٢٢٢.

ولقد أخذت هذه المادة بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي اطراداً من قانون التجارة الكويتي (المادة ٢١٧) ثم أحالت إلى المادة ٢٣١و٢٣٢ الواردتين مع أحكام المسئولية التقصيرية وتعرضان لمن يجوز الحكم له بالتعويض عن الضرر المتمثل في الألم بسبب الموت ، والأحوال التي يجوز فيها أن ينتقل التعويض ممن يستحقه ابتداءً إلى غيره.

و تنص المادة ٣٠٢ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً التعويض في العقد أو في إتفاق لاحق) ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢٢٣.

كما تنص المادة ٣٠٣ من القانون المدني الكويتي على أنه (لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام قد نفذ في جزء منه ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك).ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢٢٤.

وتنص المادة ٣٠٤ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليه ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة ، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً).ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢٢٥.

وتنص المادة ٣٠٥ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به.٢- ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أياً كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً).

وتنص المادة ٣٠٦ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد اعذاره ، مع قدرته على الوفاء ، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف ، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري ، المادة ٢٢٦ .

عند تعذر التنفيذ أو التعويض فإنه يتم اللجوء للقضاء لطلب الحكم بالتعويض النقدي فهو الصورة الأكثر انتشاراً للتعويض وذلك طبقاً لنص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري والمادة ٢٩٣ من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه (إذا تعذر تنفيذ الالتزام عيناً، أو التأخير فيه، يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق بالدائن بسبب ذلك، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه).

وتطبيقاً لذلك فإنه في حالة حدوث شروخ وتصدعات في أحد المباني بعد تمام إنشائه، وبعد الفحص الفني لمعرفة أسباب هذه الشروخ والتصدعات وجد أنها بسبب عيوب في أساسات المبنى بطريقة يستحيل معها إصلاح هذه العيوب، أي عدم إمكانية التنفيذ العيني للجزاء المدني بعد ذلك يتم الحكم بالتعويض النقدي .

وكذلك في حالة التأخير في إتمام البناء عن الموعد المتفق عليه، فإنه يتم اللجوء للقضاء لتعويض الطرف المتضرر عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب.

٣-١-٣-٢-٤ بطلان العقد :-

البطلان جزاء اختلال تكوين العقد ، وهو نظام قانوني مـؤداه اعتبـار أن العقد أو التصرف القانوني بوجه عام لم يقم أصلاً فمن شأن البطلان أن يعـدم العقد وهو يعدمه بأثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرامه ، فالبطلان يختلـف مـن حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد فهناك نوع منه يلحق بالعقد منذ إبرامـه فهـو يجعل العقد يولد ميتاً أو بالأحرى هو يحول أصلاً دون ميلاده، وهناك نوع آخر من البطلان لا يلحق العقد إلا بعد إبرامه بفترة من الزمن وقد تطـول بعـض الشيء وقد تقصر وهو إن لحقه فلا يكون إعماله على سبيل اللزوم و الحتم وإنما لإعمال رخصة يعطيها القانون لمن يريد حمايته من المتعاقدين إن أراد هـذا أن يباشرها.

٣-١-٣-٢-٤-١العقد القابل للإبطال :-

تنص المادة ١٧٩ من القانون المدني الكويتي علي أن (العقد القابل للإبطال ينتج آثاره ، ما لم يقض بإبطاله وإذا قضي بإبطاله ، اعتبر كأن لم يكن أصلاً).

وترسى المادة ١٧٩ الأساس الذي يقوم عليه نظام العقد القابـل للإبطـال ، قاضية بأن ذلك الأساس يتمثل في أن العقد القابل للإبطال ينعقد وينـتج آثـاره، ويظل كذلك مالم يقض بإبطاله ، فإذا قضى بإبطاله صار عدماً واعتبر كذلك من وقت إبرامه، فالعقد القابل للإبطال هو عقد توافرت له كل أركانه ، فلا يوجـد بالتالى ثمة ما يحول دون انعقاده وانتاج آثاره ، كل مافي الأمر أن خللاً أصاب أحد أركانه ، وهو ركن الرضا ، وهذا الخلل ليس من الجسامة بحيـث يـؤدي بذاته وبمفرده إلى انهيار العقد ، ولكن من شأنه أن يخول للمتعاقد ، الذي يريـد القانون حمايته ، الرخصة في إهدار العقد .

كما تنص المادة ١٨٠ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- لا يجـوز للمحكمة أن تقضي بإبطال العقد القابل للإبطال ، إلا بناءً على طلب من يقـرر القانون الإبطال لمصلحته.٢- وإذا قام سبب الإبطال ، وتمسك به مـن تقـرر لمصلحته، تعين علي المحكمة القضاء به، وذلك مـالم يـنص القـانون علـى خلافه).

" وتعرض المادة ١٨٠ لكيفية التعامل مع العقد القابل للإبطال ، وذلك بأحد فرضين ، لابد لهذا العقد أن يلقي أحدهما ، فهو أولاً إما أن يعمل فيـه سـيف الإبطال بتمسك صاحب الشأن به، فيبطل ، وإما ثانياً يزول عنه عيبه ، فيرفـع

عنه سيف الإبطال الذي كان يتهدده ، فتتأكد صحته ويدخل في زمرة العقود تامة السلامة .

والمادة إذ تعرض للإبطال كمصير قد يلقاه العقد القابل له تمنع في فقرتها الأولى ، المحكمة من أن تقضي به بغير أن يطلبه المتعاقد الذي قرره القانون لصالحه وحماية له.

وتجئ في فقرتها الثانية قاضيةً بأنه إذا قام سبب الإبطال وتمسك به من تقرر لصالحه ، تعين على المحكمة القضاء به ، مالم يسمح لها القانون بغيره ، كما هو الشأن في الاستغلال (المادة ١٥٩ من القانون المدني الكويتي) ، فإبطال العقد لا يدخل كأصل عام في رحاب سلطة القاضي التقديرية ".

وتنص المادة ١٨١ من القانون المدني الكويتي على أن (إجازة العقد القابل للإبطال ممن له الحق في طلب إبطاله ، صريحةً كانت الإجازة أم ضمنية ، تطهره من العيب الذي انصبت عليه ، وتزيل حق طلب الإبطال بسببه).

وتنص المادة ١٨٢ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله، خلال مدة لاتقل عن ثلاثة أشهر ، تبدأ من تاريخ الإعذار ، من غير أن يترتب على ذلك أي أثر بالنسبة إلى المدة المقررة لسقوط الحق في الإبطال. ٢- ولا يعتد بإعذار من له حق طلب الإبطال بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه، إلا إذا كان قد وجه بعد انكشاف الغلط أو التدليس أو زوال الإكراه، كما أنه لا يعتد بإعذار ناقص الأهلية ، إلا إذا كان قد وجه إليه بعد اكتمال أهليته.٣- فإذا انقضى ميعاد الإعذار من غير اختيار، اعتبر ذلك إجازة للعقد.).

٣-١-٣-٢-٤-٢ العقد الباطل :-

تنص المادة ١٨٤ من القانون المدني الكويتي على أن (العقد الباطل لا ينتج أي أثر ، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها) ويقابلها في القانون المدني المصري المادة١٤١/١.

فالعقد الباطل عدم ، ومن ثم فهو لا ينتج بذاته أثراً ما، وكذلك يجوز لكل ذي مصلحة ، سواء أكان أحد المتعاقدين أم من الغير ، أن يتمسك بالبطلان ، فمن يتمسك بالبطلان لا يفعل أكثر من أن يطلب أن يعمل ، في مواجهته بالأمر الواقع ، وهو ذلك المتمثل في عدم قيام العقد أصلاً.

" ولا يقف الأمر عند حد ثبوت الحق في التمسك بالبطلان لكل ذي مصلحة بل يجب أيضاً على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولو لم يطلب منها القضاء به ، ففضلاً عن أن البطلان يعني العدم ، فإن إعمال عقد باطل ، ولم تتوافر له أركانه ، بإنفاذ آثاره ، يتنافى مع النظام العام. "

وتنص المادة ١٨٥ من القانون المدني الكويتي على أن (العقد الباطل لا يتصحح بالإجازة) ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ١/١٤١.

" وترسي المادة ١٨٥ القاعدة المستقرة بأن العقد الباطل لا يصح بالإجازة فالعقد الباطل عدم، ولذلك لا تلحقه الإجازة، فلا يمكن للإجازة أن تجعل من العدم شيئاً صحيحاً، فمؤدي الإجازة النزول عن حق التمسك بالبطلان، والبطلان الذي يلحق العقد الباطل يمس النظام العام، فلا يسوغ النزول عن حق التمسك به. وإذا كانت الإجازة تمتنع عن العقد الباطل ، فلا يوجد بطبيعة الحال ثمة ما يمنع من إعادة إبرامه بعد تلافي سبب البطلان ، على أن هذا يقتضي من جديد ، توافق إرادتي طرفي العقد ، فلا تكفي إرادة أحدهما بخلاف الحال لو أن الإجازة كانت ممكنة ".

كما تنص المادة ١٨٦ من القانون المدني الكويتي على أن (١- العقد الباطل لا يتصحح بمرور الزمان. ٢- إلا أن دعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد). ويقابلها في القانون المصري المادة١٤١/٢.

" ولكن إذا كان البطلان الذي يلحق العقد لا يزول عنه بمضي الزمن ، فإن دعوى البطلان ذاتها تسقط بخمس عشرة سنة من تاريخ العقد . ولكن سقوط دعوى البطلان لا يعني أن العقد أصبح صحيحاً ، فهو لا زال باطلاً ، كل ما في الأمر أن دعوى البطلان تقع غير مقبولة ، فلا تسمع إذا ما رفعت بعد ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد ، وهكذا نصبح هنا أمام عقد باطل ، دون أن يكون من الممكن تقرير بطلانه عن طريق الدعوى . وإذا كان من شأن سقوط دعوى البطلان بمضي الزمان أن يمتنع بطلان العقد عن طريقها ، فإنه يمكن التمسك بهذا البطلان عن طريق الدفع ، مهما طال الزمن. "

وتنص المادة ١٨٧ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- إذا بطل العقد أو أبطل ، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها عند العقد ، ما لم ينص القانون على خلافه ، ومع عدم الإخلال بما تقضي به المادتان التاليتان. ٢- فإذا استحال على أحد المتعاقدين أن يعيد الآخر إلى الحالة التي كان عليها عند

العقد ، فإنه يجوز الحكم عليه بأداء معادل). ويقابلها في القانون المصري المادة ١/١٤٢.

فإذا كان مؤدي البطلان أو الإبطال هو إعدام العقد إعداماً يستند إلى وقت إبرامه فإنه يترتب على ذلك إعتبار تنفيذه كأن لم يكن، إن كان قد تم التنفيذ أو بدئ فيه، وهذا ما يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند العقد ، إن كان ذلك متيسراً ، فإن استحال على أحد المتعاقدين أن يعيد الآخر إلى الحالة التي كان عليها عند العقد، بأن تعذر عليه أن يرد له ما أخذه أو استفاد به نتيجة تنفيذ العقد ، جاز للقاضي أن يلزمه بأن يقدم له أداءً معادلاً.

والمشرع إذ يقرر في الفقرة الأولى من المادة ١٨٧ أثر البطلان أو الإبطال، المتمثل في وجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند العقد ، فقد حرص على أن يتحفظ في شأن الحالات الخاصة التي يقرر فيها القانون حكماً يتغاير على نحو آخر ، كما هي الحال بالنسبة إلى تطبيق نظرية تحول العقد المنصوص عليها في المادة ١٩٢ من القانون المدني، وبالنسبة إلى ماهو مقرر من أن بطلان عقد الشركة لا يمنع من إعمال حكمه في تصفيتها، إعتباراً بأنها تمثل شركة واقع، وأراد أن يتحفظ على وجه الخصوص ، في شأن الأثر المترتب على البطلان أو الإبطال، بالنسبة إلى عديمي الأهلية أو ناقصيها المنصوص عليها في المادة ١٨٨ من القانون، وفي شأن ما يقتضيه مبدأ حماية الغير حسني النية على نحو ما يقرره المشرع في المادة ١٨٩ .

و تنص المادة ١٨٨ من القانون المدني الكويتي علي أنه (لا يلزم عديم الأهلية أو ناقصها ، في حالة بطلان العقد أو إبطاله ،إلا في حدود ما يكون قد عاد عليه ، بسبب تنفيذه من نفع معتبر قانوناً). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ٢/١٤٢.

" وتورد المادة ١٨٨ استثناءاً هاماً على قاعدة ما يترتب على بطلان العقد أو إبطاله من وجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه، وذلك في الحالة التي يرجع فيها البطلان أو الإبطال إلى عدم الأهلية أو نقصها. فتلك المادة تقضي بأن عديم الأهلية أو ناقصها لا يلزم إلا بما عاد عليه، بسبب تنفيذ العقد الباطل أو المبطل ، من نفع معتبر قانوناً، أي نفع أفاد به وأثري، على نحو بعيد عما يجره إليه النزق أو الطيش أو عدم توافر الإدراك أو اكتماله من تبذير أو حماقة. والمادة ١٨٨ بالحكم الذي تقرره ، تستند إلى مبرر عملي واضح ، فهي تستهدف حماية عديم الأهلية أو ناقصها مما يجره إليه ما يعتريه من

اضطراب أو ضعف أو نقص في إدراكه أو في الملكات الضابطة لتدبير أمـــره. وإن كان من شأن إعمال حكم المادة أن يلحق المتعاقد مـــع عـــديم الأهليـــة أو ناقصها الضرر، فإن تحميله الغرم الواقع عليه يجد له ما يسوغه في الرغبة في جعل الناس يتحرزون في تعاملهم مع غيرهم بغية التأكد مـــن تـــوافر الأهليـــة عندهم، ثم إن عدم الأهلية أو نقصها أمر يغلب أن يكون ظاهراً فـــي صـــاحبه، بحيث يستحق من يتعاقد معه أن يتحمل مغبة فعله. "

وتنص المادة ١٨٩ من القانون المدني الكويتي على أنـــه (١- لا يحـــتج بإبطال العقد في مواجهة الخلف الخاص للمتعاقد الآخر ، إذا كان هذا الخلف قد تلقى حقه معاوضة وبحسن نية. ٢- ويعتبر الخلف الخاص حـــسن النيـــة ، إذا كان، عند التصرف له ، لا يعلم سبب إبطال عقد سلفه ، ولم يكن في مقدوره أن يعلم به، لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه ظـــروف الحـــال مـــن الـــشخص العادي).

" ويعرض المشرع في المادة ١٨٩ لمبدأ هام أخذ يرسخ وجـــوده ويثبـــت أقدامه في دنيا القانون، ألا وهو مبدأ حماية الغير حسني النية ممـــا عـــساه أن يرتبه لهم إبطال عقود من يتلقون الحق عنهم من فادح الضرر، فقد عمـــد فـــي المادة ١٨٩ إلى أن يساير الفقه الإسلامي والفكر القانوني المعاصر فـــي مبـــدأ حماية الخلف الخاص مما يترتب له من ضرر، نتيجة إبطال عقد سلفه، لاجئـــاً إلى ضبط هذا المبدأ ورسم حدوده على النحو الذي يجعله متمشياً مع ما تقتضيه المصلحة المتمثلة في توفير الإئتمان والإعتداد بالثقة المشروعة عندما يكون من حق الناس أن يعولوا عليهما في معاملاتهم. ووفقاً للفقـــرة الأولـــى، لا تتقـــرر الحماية إلا لمن يكون قد تلقى حقه عن شخص يكون هو نفسه قد تلقاه بمقتضى عقد قائم ولكنه قابل للإبطال وقبل أن يقضي بإبطاله، فالحماية هنا لا تكون لمن تعامل مع أحد طرفي العقد الباطل، وذلك لأن العقد الباطل عدم، بحيث إن عاقده لا يتلقى منه شيئاً البتة، حتى يمكنه أن يعطيه لمن يتعامل معه بشأنه ، ليتيـــسر بعد ذلك تقرير استمرار بقائه لهذا الأخير ".

أما العقد القابل للإبطال فأمره مختلف تماماً، فهو ينتج أثره طالما بقي قائماً، لم يقض بعد بإبطاله. ويلزم لثبوت الحماية للخلف الخاص، أن تكون خلافته قـــد تمت بمقتضى تصرف تعاوضي، فلا يفيد من الحماية الموهوب إليه أو المتبرع له، وقد ارتأى المشرع أن يقصر الحماية في هذا النطاق، إذ أن حماية الخلـــف الخاص تقع بالضرورة على حساب من تلقي سلفه الحق عنه، بمقتـــضى العقـــد

الذي قضى بإبطاله، أي سلف السلف، ثم إن تلك الحماية تتقرر علـى خـلاف منطق الإبطال وأثره الرجعي، ولذلك فمن العدل والمصلحة أن تقـصر علـى المتعاوض دون المتبرع له، فدرء الغرم مقدم على جلب المغانم. وثمة أمر آخر تتطلبه الفقرة الأولى ، وهو أن يكون الخلف الخاص حسن النية وعلة هذا الحكم واضحة، إذ أن الحماية التي تقررها المادة ١٨٩ لا ينبغي أن تكون إلا لحـسني النية من الأشخاص، وهي من بعد حماية استثنائية خاصة تجئ علـى خـلاف منطق الإبطال ومقتضياته.

" وتعرض الفقرة الثانية من المادة ١٨٩ لتحديد حسن النية المتطلـب فـي الخلف الخاص ، ليتقي أثر إبطال عقد سلفه، وهي مبنيه على جهل الخلف سبب إبطال عقد السلف، طالما كان جهله هذا غير ناشئ عن خطأ منه، بأن كان فـي مقدوره أن يصل إلى العلم بسبب الإبطال، لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه ظروف الحال من الشخص العادي. والمشرع إذ يقرر تلـك الحمايـة للخلـف الخاص لمن تلقى حقه بمقتضى عقد باطل ، لم يشأ أن يساير القانون المـصري فيقصرها في مجال العقار فقد بسطها أيضاً على من يتعاملون في المنقولات فلا توجد حكمة في التفريق ".

وتنص المادة ١٩٠ من القانون المدني الكويتي علي أنـه (١- إذا لحـق البطلان أو الإبطال شقاً من العقد ، اقتصر عليه وحده ، دون بـاقي العقـد.٢- على أنه إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان يبرم العقد بغير الـشق الباطـل أو المبطل ، بطل العقد كله). وتقابلها المادة ١٤٣ من التقنين المدني المصري.

" وتعرض المادة ١٩٠ للحالة التي يقتصر فيها البطلان أو الإبطـال علـى شق من العقد دون باقيه ، وتجئ الفقرة الأولى مقررة القاعدة العامة فـي هـذا الصدد، قاضية بأن البطلان أو الإبطال يقتصر على الشق الذي لحقه العيـب ، دون باقي العقد، وهذا الحكم يتمثل إعمالاً لما يطلق عليه نظرية انتقاص العقـد. وانتقاص العقد، بقصر البطلان أو الإبطال على ما تعيب منه، دون ما لم يتعيب، أمر تقتضيه المصلحة، فما دام العقد قد اقتطع مما تعيـب، فـالخير ، بحـسب الأصل، أن يستمر قائماً في باقيه. علي أن بقاء العقد قائماً، بعد أن يقتطع منـه الشق الباطل أو المبطل ليس إلا أصلاً عاماً، وهو أصل غير مطلق في تطبيقه، فالفقرة الثانية تورد عليه استثناءً هاماً في الحالة التي يثبت فيها أحد المتعاقـدين أنه ما كان ليرتضي العقد بغير الشق الذي انتزع منه نتيجة البطلان أو الإبطال،

مقررة أن العقد في تلك الحالة، يبطل كله، وما هذا إلا مجرد إعمال لفكرة (السبب) باعتباره ركناً لازماً لا يقوم العقد بغيره ".

والمشرع إذ يقضي في المادة ١٩١ بتحول العقد يستهدف إنقاذ ما يمكن إنقاذه مما أراده المتعاقدان تنظيماً لشأنهما، فإن بطل العقد الذي قصداه في الحقيقة، فلا أقل من أن يقوم مكانه العقد الذى كانا ينصرفان بإرادتهما إليه، لو علما بالبطلان، شريطة أن يكون من المقدور أن يستخلص من انقاص العقد الباطل أركان العقد الصحيح الذي يصير التحول إليه. وقد عرضت الفقرة الثانية من المادة ١٩١ للرضاء اللازم لقيام العقد الذي يصير التحول إليه قاضية، وعلى نحو ما تفعل قوانين البلاد الأخرى، بإعتبار هذا الرضاء متوافراً، إذا تبين للقاضي أن طرفي العقد الباطل كانا يريدان العقد الجديد، لو أنهما علما بالبطلان. فالإرادة الحقيقية للطرفين لم تنصرف، في واقع الأمر ، إلا إلى العقد الباطل، ولكن القاضي يستخلص من ظروف الحال أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، لو أنهما علما بالبطلان، وإذا كان القاضي لا يستطيع هنا أن يقطع بأن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد، فإنه يكتفي منه أن يرى احتمال هذا التراضي ، فإن لم يقم العقد الجديد على أساس الإرادة الحقيقية لطرفيه، فإنه يقوم على أساس إرادتهما الإحتمالية، أي تلك التي يرى القاضي أن الظروف تدل على أنه كان من المحتمل أن تكون . ولاشك أن من شأن إعمال نظرية التحول على نحو ما يأخذ به الفكر القانوني المعاصر وقننه المشرع، إعطاء القاضي دوراً إيجابياً هاماً في إنشاء العقد الذي يصير التحول إليه، وإن كان في الشروط المتطلبة لإعمال هذه النظرية ما يجعل القاضي بعيداً عن التحكم.

كما تنص المادة ١٩٢ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- إذا بطل العقد أو أبطل ، بسبب خطأ أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر أو للغير أن يطالبه بالتعويض عما يرتبه له البطلان من ضرر. ٢- على أنه لا محل للتعويض ، إذا كان من أصابه الضرر نتيجة البطلان قد أسهم فيما أدى إلى وقوعه ، أو كان يعلم بسببه ، أو ينبغي عليه أن يعلم به).

" وتعرض المادة ١٩٢ للحالة التي يبطل فيها العقد، نتيجة خطأ يعزى لأحد عاقديه، حالة كون المتعاقد الآخر بعيداً عن كل خطأ، وتقرر لهذا الأخير الحق في طلب تعويضه عما يرتبه له البطلان من ضرر ، كما تقرر هذا الحق في التعويض للغير ، الذي يتضرر من إبطال العقد حالة كونه بدوره بعيداً عن الخطأ. إلا أنه ووفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٩٢، إذا كان الشخص الذي أصابه

الضرر نتيجة بطلان العقد، سواءً أكان هو المتعاقد الآخر أو أحداً من الغير، متصلاً بالخطأ الذي يعزي إلى من جاء البطلان من ناحيته، لا يكون له بالتالي الحق في التعويض ، إذا كان قد أسهم فيما أدى إلى وقوع البطلان ، أو كان يعلم بسببه أو كان ينبغي عليه أن يعلم به وفقاً لظروف الحال وما تقضيه من فطنة الشخص العادي وحرصه. وحكم المادة ١٩٢ يتمشى مع القواعد العامة في المسئولية التقصيرية، وهو من بعد، إعمال لنظرية الخطأ عند تكوين العقد، بعد أن تصحح منها أساسها برده إلى المسئولية عن العمل غير المشروع. وقد سبق للمشرع أن قنن تطبيقاً تشريعياً للحكم الذي أورده في المادة ١٩٢ وذلك في خصوص القاصر الذي يلجأ إلى طرق احتيالية يخفي بها حالة قصره ".

وإعادة الحال إلي ما كانت عليه قد تكون من خلال تقرير بطلان عقد أو تصرف قانوني أو من خلال إبطاله، لما يستتبعه البطلان من اعتبار التصرف أو العقد الذي تقرر بطلانه كأن لم يكن. إذ تقضي المادة ١/١٤٢ من القانون المدني المصري، والمادة ١٨٧ من القانون المدني الكويتي بأنه في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل و يكون التصرف القانوني باطلاً بطلاناً مطلقاً لأسباب عديدة هي :-

١- أن يكون العقد أو التصرف وارداً على محل غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو الآداب: كالاتفاق على قتل شخص.

٢- أن يكون الحافز لإبرام العقد أو التصرف سبباً غير مشروع.

٣- أن يكون سبب البطلان المطلق أن العقد لم يتم إفراغه في الشكل الواجب قانوناً كأن يهب شخص عقاراً بورقة عرفية فلا تقع الهبة لافتقادها ركن الشكل فلقد اشترط القانون في عقد الهبة أن يكون مسجلاً.

٤- أن يكون العقد أو التصرف القانوني قابلاً للإبطال – لنقص أهلية المتعاقد أو لكونه واقعاً عند إبرام العقد أو التصرف القانوني تحت تأثير غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

فضلاً عما سوف يتم إضافته عند شرح شروط صحة العقد .وإذا جعل القانون لأحد المتعاقدين (ناقص الأهلية أو المدلس عليه) حقاً في إبطال العقد، القابل للإبطال فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق. أما البطلان المطلق فيتمسك به كل ذي مصلحة. بل ويحق للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

٣-١-٣-٢-٥ فسخ العقد وانفساخ العقد:-

أولاً: فسخ العقد:

الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين ، فهو رخصة تثبت للمتعاقد الذي يحصل من غريمه الإخلال بحقوقه ، كي يتحلل هو من التزاماته فلا إجبار علي المتعاقد في الفسخ ولا يحرمه من حقه الأصيل في التمسك بالعقد ومطالبة مدينه بالوفاء بحقوقه التي يرتبها له.

وتعرض المادة ٢٠٩ من القانون المدني الكويتي لشروط إعمال نظام الفسخ فنصت على أنه (١- في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله ، وبعد إعذاره ، جاز للمتعاقد الآخر ، إن لم يفضل التمسك بالعقد ، أن يطلب من القاضي فسخه ، مع التعويض إن كان له مقتض ، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بالتزاماته.٢- ويجوز للقاضي، عند طلب الفسخ ، أن ينظر المدين إلى أجل يحدده ، إذا اقتضته الظروف ، كما أن له أن يرفض الفسخ ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة إلى التزاماته في جملتها). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٥٧.

وتنص المادة ٢١٠ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- لايعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة ، أو بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد ، ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة ، وعلى بينة من حقيقة أثره.٢- والشرط القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه، عند عدم الوفاء بالالتزام، لا يعفي في غير المواد التجارية من الإعذار، ولو اتفق على الإعفاء منه). ويقابلها في القانون المدني المصري المادة ١٥٨.

كما تنص المادة ٢١١ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- إذا فسخ العقد ، اعتبر كأن لم يكن ، وأعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها عند ابرامه وذلك مع مراعاة مانقضي به المادتان التاليتان.٢- فإذا استحال على أحد المتعاقدين أن يعيد المتعاقد الآخر إلى الحالة التي كانا عليها عند العقد ، جاز الحكم عليه بأداء معادل). وتقابلها المادة ١٦٠من القانون المدني المصري.

وتعرضت المادة ٢١٢ من القانون المدني الكويتي لأثر الفسخ حيث نصت علي أنه (في العقود المستمرة، لا يكون للفسخ أثر إلا من وقت تحققه).

وتنص المادة ٢١٣ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- لا يحتج بفسخ العقد في مواجهة الخلف الخاص لأي من المتعاقدين إذا كان هذا الخلف قد تلقى حقه معاوضةً وبحسن نية. ٢- ويعتبر الخلف الخاص حسن النية ، إذا كان عند التصرف له ، لا يعلم السبب الذي أفضى إلى الفسخ ، ولم يكن في مقدوره أن يعلم به ، لو أنه بذل من الحرص ما تستوجبه الظروف من الشخص العادي).

ثانياً : انفساخ العقد :

تنص المادة ٢١٤ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- في العقود الملزمة لجانب واحد ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه. ٢- فإذا كانت الاستحالة جزئية ، جاز للدائن أن يتمسك بالعقد فيما بقى من الالتزام ممكن التنفيذ).

وتنص المادة ٢١٥ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- في العقود الملزمة للجانبين ، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه ، انقضى هذا الالتزام ، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.٢- فإن كانت الاستحالة جزئية ، كان للدائن ، بحسب الأحوال ، أن يتمسك بالعقد فيما بقى ممكن التنفيذ ، أو يطلب فسخ العقد). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٥٩ .

كما تنص المادة ٢١٦ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا انفسخ العقد اعتبر كأن لم يكن ، ولزم إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه ، وذلك في نفس الحدود المقررة بمقتضى المواد ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٣ في شأن الفسخ). وهو ما تقضي به المادة ١٦٠ من التقنين المدني المصري.

كما تنص المادة ٦٦٧ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- إذا تبين أثناء سير العمل أن المقاول يقوم بتنفيذه على وجه معيب أو مخالف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يحدده له ، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة أو المتفق عليها، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد أو الاذن له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول ، متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك. ٢- ويجوز طلب فسخ العقد دون حاجة إلى إنذار أو تحديد أجل ، إذا كان إصلاح العيب أو المخالفة مستحيلاً. ٣- وفي جميع الأحوال يجوز للقاضي رفض طلب الفسخ إذا كان العيب في طريقة التنفيذ ليس من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للإستعمال المقصود ، مع عدم الإخلال

بالحق في التعويض إن كان له مقتض). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ٦٥٠ .

وتنص المادة ٦٦٨ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا تأخر المقاول في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها ، أو إذا اتخذ مسلكا ينم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه ، أو أتى فعلاً من شأنه أن يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً ، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم).

وهناك صورة أخرى للجزاء المدني تتبدى على شاكلة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة. هذه الصورة هي اعتبار العقد المفسوخ كأن لم يكن.

فسخ العقد كجزاء على تقصير المتعاقد:

عدم قيام المتعاقد مع الجهة الإدارية بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد يترتب عليه أحقية الجهة الإدارية في فسخ العقد بإرادتها المنفردة ودون حاجة للنص على ذلك في العقد أو الالتجاء إلى القضاء. (فتوى رقم ١٤٤٩ في ٢٠٠٠/٥/٩ مرجع رقم ٢٠٠٠/٢١٩/٢)- إدارة الفتوى والتشريع.

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٠٧)

الأصل العام المقرر لجهة الإدارة حقها في فسخ العقود الإدارية أو إنهائها، إلا أن هذا الأصل محكوم بأن يكون هناك إخلالاً جسيماً من المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته.

أحقية المتعاقد مع الجهة الإدارية في تعويض لجبر الضرر الناتج عن فسخ الجهة الإدارية للعقد إذا كانت المخالفات المنسوبة إليه لم تبلغ من الجسامة ما يبرر فسخ العقد. (حكم محكمة الاستئناف الدائرة الإدارية في الطعنين رقم ٥٩، ٩٦/٦٧ بجلسة ١٩٩٧/١/٢٧).

المرجع التشريعي القاعدة (١٠٠)

كشوف حصر الأعمال التي يحررها مهندس المشروع بمناسبة سحب العمل لا تفيد تسلم الأعمال.(حكم التمييز الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٨٨ جلسة ١٩٨٩/٦/١٨).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٠١)

بطء سير العمل وعدم انتظام وتأخر المقاول في البدء في الأعمال الموكولة إليه يترتب عليه سحب العمل منه وتوقيع مصروفات إدارية بواقع ١٥% من قيمة الأعمال التي لم يتم تنفيذها. والمصاريف الإدارية تكون من قيمة الأعمال التي لم تنفذ. (فتوى رقم ٢٦١٦ في ٢٠٠٠/٦/٢٥ مرجع رقم ٢٠٠٠/١٥٢/٢)- إدارة الفتوي والتشريع.

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٠٣)

في التنفيذ على الحساب تنشأ علاقة تعاقدية جديدة بين جهة الإدارة ومقاول الباطن يترتب عليها أحقية الأخير في استيفاء قيمة الأعمال التي نفذها من جهة الإدارة مباشرة على أن تقوم بخصم قيمتها من مستحقات المقاول الأصلي وضماناته لديها.(حكم التمييز - الدائرة التجارية الأولى والإدارية - في الطعن رقم ٢٠٠٠/٤٧٥ تجارى ١ جلسة ٢٠٠١/٦/٢٥).

المرجع التشريعي القاعدة (١١٣)

تضمين العقد الإداري جزاء الفسخ عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه لا يسلب القضاء سلطته في تقدير ملائمة الفسخ لخطأ المتعاقد حسبما يراه من الظروف. (حكم التمييز - الطعنان رقما ٦٧، ٩٧/٨٥ تجارى جلسة ١٩٩٨/٥/١٨).

حالة عملية:

حق رب العمل في إنهاء العقد وفقاً للبنود المذكورة فيه:

تتعلق هذه الحالة بمقاول تعهد بإنجاز أعمال رب العمل في حدود بحيث لا تتجاوز الحد الأقصى للكلفة إلا أنه في أثناء التنفيذ تأخر المقاول في الإنجاز ثم أخطر رب العمل بأنه لا يستطيع الالتزام بالكلفة المقدرة أو التي التزم بعدم تجاوزها واستند رب العمل إلى بنود العقد وأنهى العقد مع المقاول وقام باستكمال الأعمال مع مقاول جديد ولجأت الأطراف إلى المحكمة لتصفية الحساب بينهما وحكم القاضي بأن المقاول قد أخل بالتزاماته التعاقدية ووفقاً للعقد هذا يعطي الحق لرب العمل بإنهاء العقد مع مسئولية المقاول عن الفرق في التكلفة بين ما كان مقدراً في العقد الأصلي والتكلفة الجديدة وكذلك أي أضرار أخرى قد يتحملها رب العمل.

.....The court held, however, that under the terms of the

contract, after the owner had completed the building, the contractor could recover the balance due under the contract minus the cost of completion and any damages resulting to the owners from the contractor's default.

Hunn v. Pennsylvania Institution for Instruction of the Blind, 70 A. 812 (Pa. 1908).

أما في هذه الحالة أشهر المقاول إفلاسه ووفقاً للعقد دفع هـذا رب العمـل لإنهاء العقد واستكمال الأعمال ثم مقاضاة المقاول بدعوى أن يتحمل فرق السعر ما بين سعر العقد الأصلي والسعر الذي تم إنجاز العمل على أساسه.

الموضوع : عقد المقاولة

أثر فسخ عقد المقاولة:

فقرة رقم : ٣

الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبني عليه انحلاله واعتباره كأن لـم يكـن، ولا يكون رجوع المقاول - الذي أخل بالتزامه - بقيمة ما استحدثه من أعمـال إلا استناداً إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذي فسخ و أصـبح لا يـصلح أساساً لتقدير هذه القيمة. و لما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقاً للمادة ١٧٩ مـن القانون المدني المصري، أن يلتزم المثري بتعويض الدائن عما افتقر به ولكـن بقدر ما أثرى، أي أنه يلتزم برد أقل قيمتي الإثراء والافتقار، وكان تقدير قيمـة الزيادة في مال المثري بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أي وقـت استحداث البناء، بينما الوقت الذي يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم في تقدير قيمة ما زاد في مـال المطعون عليه - رب العمل - بسبب ما استحدثه الطاعن - المقـاول - مـن أعمال البناء ، الحدود الواردة على عقد المقاولة الذي قضى بفسخه ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ ق ، جلسة١٩٧٠/٣/١٧)

الطعن رقم ٠٠٣٤لسنة ٤٧ مكتب فني ٣٠ صفحة رقم ٧٦٦

بتاريخ ٢٥-٠٦-١٩٧٩

٣-١-٣-٢-٦ جزاء حبس أجر المقاول (الامتناع عن التنفيذ) :-

يعتبر هذا الجزاء صورة متميزة من صور الجزاء المدني تتخذ في حالة الدفع بعدم التنفيذ، ويقصد به الدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه، خشية حرمانه من الحصول على الشيء المحبوس. مثال ذلك في عقد المقاولة أنه يجوز لرب العمل حبس أجر المقاول إذا وجد أن العمل غير مطابق للمواصفات المشترطة، أو غير متفق مع ما تقضي به أصول الصنعة. ويبقي الأجر محبوساً تحت يده حتى يصلح المقاول العيوب التي شابت العمل.

٣-١-٣-٣ الجزاء الإداري:- (Administrative Punishment)

وهو الجزاء الذي يوقع في حالة مخالفة قواعد القانون الإداري كالتأخير عن العمل أو عدم احترام لوائح العمل ولهذا الجزاء صور متعددة تبعاً للمخالفة الإدارية، فقد يتمثل في فصل الموظف من الخدمة، أو الوقف عن العمل ، أو الخصم من الراتب ، أو تأخير الترقية ، أو الحرمان من العلاوة ، أو الإنذار أو لفت النظر.

فهذه أمثلة جزاءات إدارية تأديبية تتدرج تبعاً لجسامة الجريمة التأديبية التي ارتكبها الموظف العام. فالخصم من المرتب يعتبر عقاباً رادعاً لغياب الموظف دون إذن ، بينما لا يكون العقاب رادعاً إلا بالعزل أو الفصل في حالة قبول أو طلب الموظف رشوة.

في مصر مثلاً تضمن القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ بعض التدابير الإدارية. ويقصد بذلك القرار الإداري الصادر بإزالة البناء المخالف للقانون بالإضافة إلى سلطة الإدارة في تنفيذ قرار الإزالة على نفقة أصحاب الشأن وللإدارة أيضاً السلطة في أن تأمر بوقف تنفيذ الأعمال المخالفة.

وقد خول القانون سالف الذكر وبعد تعديله بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ والقانون رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦الإدارة اختصاصاً أصلياً بخصوص الإزالة وتصحيح الأعمال، فطبقاً لنص المادة ١/٢٢ مكرر يستطيع المحافظ المختص أو من ينيبه أن يأمر بالإزالة، كما له أن لا يأمر بالإزالة إذا كان التجاوز في بعض المخالفات التي لا تؤثر على مقتضيات الصحة العامة أو أمن السكان أو إذا كان التجاوز عن الإزالة في بعض الحدود التي تبينها اللائحة التنفيذية – المادة ١٦-

وبهذا فإن المحافظ يملك سلطة تقديرية في موضوع الإزالة بينما يتعين على محكمة الجنح أن تأمر بالإزالة في حال مخالفة أحكام القانون.

٣-١-٣-٤ الجزاء السياسي:- **(Political Punishment)**

الجزاء السياسي يكون عند مخالفة قواعد القانون الدستوري ، ويتمثل في أعمال المسئولية الوزارية للحكومة أمام السلطة التشريعية، وفي حل السلطة التشريعية بواسطة الحكومة ، كما يتمثل في رد الفعل الاجتماعي والسياسي على مخالفة القاعدة الدستورية وهذا خارج عن نطاق نشاط المهندس أو مدير التشييد.

٣-١-٣-٥ اجتماع أكثر من جزاء لذات المخالفة:-

قد يجتمع أكثر من نوع من أنواع الجزاء. فقد يجتمع الجزاء الجنائي مع الجزاء المدني. فمن يقتل غيره يعاقب جنائياً علاوة على الحكم عليه بتعويض مدني لصالح ورثة المجني عليه. كما قد يجتمع الجزاء الإداري مع الجزاء الجنائي ، فالموظف العام الذي تمت إدانته في جريمة رشوة يتعرض أيضاً لتوقيع جزاء إداري تأديبي عليه، إذ يحق للجهة الحكومية التي يعمل بها أن تفصله من الخدمة وخاصة في الجرائم المخلة بالشرف، كجرائم الأموال، وخيانة الأمانة، والسرقة ، والجرائم المتعلقة بالشرف.

٣-٢ ثانياً :- أنواع القواعد القانونية **(Types of Legal Rules)**

تنقسم القواعد القانونية من حيث الجهة التي تنظر إليها إلى عدة أقسام مختلفة:-

من حيث مصدر نشأتها : تنقسم إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة.

من حيث تنظيمها للحقوق: تنقسم إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية.

من حيث قوتها : تنقسم إلى قواعد آمرة وقواعد مفسرة (مكملة).

من حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها : تنقسم إلى قواعد تتبع ما يسمى بالقانون العام وقواعد أخرى تتبع ما يسمى بالقانون الخاص .

وسنتحدث عن كل قسم من هذه الأقسام كل على حده."

٣-٢-١ أولاً: من حيث النشأة والتدوين :-

أي من حيث الصورة التي توجد عليها في المجتمع:-

القواعد المكتوبة والقواعد الغير مكتوبة

القواعد المكتوبة : هي القواعد التي تسنها سلطة مختصة مثل السلطة التشريعية أو التنفيذية في الدولة وتسمى قواعد مكتوبة لأنها تصدر دائماً في محرر ينشر ويعلن على الناس ، فالقاعدة التي تنشأ عن طريق إحدى السلطات المختصة في الدولة تسمى قاعدة مكتوبة .

والقاعدة التي تنشأ بدون تدخل الدولة تسمى قاعدة غير مكتوبة كما هو الحال بالنسبة للقواعد القانونية التي مصدرها العرف ويجب ألا يفهم أن معنى القواعد غير المكتوبة أنها لم تدون بالكتابة فقد يكون القانون مكتوباً ومع ذلك لم يصدر من السلطة التشريعية كقواعد الشريعة الإسلامية . وأساس التفرقة بين القواعد المكتوبة وغير المكتوبة ليس هو تدوينها في محرر مكتوب أياً كان وإنما هو ورودها إلينا في محرر كتاب من السلطة التي تصدرها ، وليس للتفرقة بين القواعد المكتوبة والقواعد الغير مكتوبة أية أهمية عملية، فالقاعدتان واجبتا التطبيق والاحترام كل ما في الأمر أن القواعد المكتوبة في الغالب واضحة ثابتة مما يتيسر معه معرفتها والإلمام بها.

٣-٢-٢ ثانياً : من حيث تنظيمها للحقوق إلى القواعد الموضوعية والقواعد الشكلية:-

القواعد الموضوعية هي التي تتناول بالتحديد حقوق الأفراد وواجباتهم، كقواعد القانون المدني والقانون التجاري وغيرها من القواعد التي تحدد مصادر الحقوق ومداها واستعمالها وانقضائها والجزاء الذي يوقع على من يخالف القاعدة أما القواعد الشكلية فهي تلك التي لا تتعرض إلا للجانب الشكلي والإجرائي لوضع الحقوق والواجبات موضع التنفيذ. ذلك لأن الحق لا يكون كذلك إلا إذا وجدت من الوسائل ما يمكن صاحبه من اقتضائه والتسلط عليه ومن أمثلة القواعد الشكلية، قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقواعد الإجراءات الجنائية. وفيما عدا ذلك فجميع القواعد تعتبر قواعد موضوعية.

٣-٢-٣ ثالثاً: من حيث قوتها إلى القواعد الآمرة والقواعد المكملة :-

تنقسم إلى القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المفسرة (المكملة) ، وهذا تقسيم من حيث قوة القواعد القانونية .

٣-٢-٣-١ القواعد القانونية الآمرة:- (Mandatory Rules)

هي عبارة عن مجموعة القواعد التي تتعلق بكيان الدولة وبالمصالح الأساسية فيها بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف حكمها وإلا وقع مثل

هذا الاتفاق باطلاً، فالاتفاق على عدم الضمان ضد انهيار المبني اتفاق باطل ، وكذلك عدم الاعتداد بتأثير الظروف الطارئة على العقد (كما سيتم تناوله لاحقاً) يعد اتفاقاً باطلاً ، ولهذا فالقواعد القانونية الآمرة لا توضع إلا بالنسبة لتلك المسائل التي تتعلق بكيان المجتمع والتي يكون لها تأثير عميق وصلة قوية بالنظام الاجتماعي.

٣-٢-٣-٢ القواعد القانونية المفسرة أو المقررة ويسميها البعض المكملة:-

(Complementary Rules)

هي عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنظم مصالح الأفراد دون أن تتعلق بالمصالح الأساسية للمجتمع، ولا تجبرهم على الالتزام بما تقرره من آثار قانونية، بل تجيز لهم الاتفاق على ما يخالف ما تقرره من أحكام. وليس معنى ذلك أن هذه القواعد غير ملزمة بل هي ككل القواعد القانونية تتمتع بصفة الإلزام ويجب على الأفراد احترامها كلما توافرت شروط تطبيقها.

ونجد هذه القواعد المكملة في معاملات الأفراد الخاصة، فالكثير من القواعد المنظمة لهذه المعاملات قواعد مكملة لإرادتهم واتفاقهم حيث يقوم المشرع بتنظيم العديد من هذه المسائل في صورة قواعد مكملة تطبق ويصبح حكمها آمراً وواجب الإتباع إذا لم يتم الاتفاق على خلاف ما تقضي به. وعلى هذا فإرادة الأفراد تختلف بحسب نوع القاعدة فهي منعدمة في حالة القواعد الآمرة، أما القواعد المفسرة فإرادة الأفراد تجاهها كاملة، بمعنى أن لهم أن يتفقوا على عكسها وإلا أصبحت ملزمة لهم مثل القواعد الآمرة.

والحكمة من القواعد القانونية المكملة أنها عند تعرضها بالتنظيم إلى ألوضع المعتاد أو الأمثل لها وتقوم بعرضه في صورة نصوص وقواعد تمثل الحكم العام الذي يطبق على هذه المسائل في حالة عدم تعرض الأفراد لها لذلك فهي تقدم فائدة عملية على قدر من الأهمية حيث تغني تلك القواعد القانونية المكملة عن الخوض في العديد من التفصيلات والجزئيات لكونها تضع تنظيماً عاماً معتاداً أو نموذجياً يطبق في حالة عدم رغبة الأفراد في إتباع تنظيم مخالف.

٣-٢-٣-٣ معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة :-

عرفنا أن القواعد الآمرة هي قواعد لا يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها وأن أي اتفاق يقع عكس هذه القاعدة يعتبر اتفاقاً باطلاً لا يعتد به، بعكس القواعد المكملة فيجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها.

وللتمييز بين النوعين يوجد معياران:-

المعيار الأول- شكلي أو لفظي يستمد من صياغة القاعدة ذاتها.

المعيار الثاني – موضوعي أو روحي يتصل بمضمون القاعـدة وأهميـة المسائل التي تنظمها.

المعيار الأول : الوسيلة اللفظية:-

قد ينص المشرع على ذلك صراحة فلا يثير أدنى شك في كون القاعدة آمرة أو مقررة كما لو نص على عدم جواز الاتفاق على مخالفة أحكامهـا أو قـرر المشرع جزاء جنائياً يوقع على مخالفة قواعدها، فوجود النص أو الجزاء دليـل قاطع على أن القاعدة آمرة حتى ولو كانت تتعلق بمصالح الأفراد. كـذلك قـد ينص المشرع في القاعدة على السماح للأفراد بمخالفة قواعدها. ففي هذه الحالة لا يثير أدنى خلاف في أن هذه القاعدة مكملة.

ومن أمثلة القواعد الآمرة:-

المادة ٦٥٣ من القانون المدني المصري، ٦٩٧ من القانون المدني الكويتي، ٨٨٢ من قانون المعاملات المالية الإماراتي والتي تنص على أنه (يقع بـاطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس أو المقاول مـن الـضمان أو الحـد منـه) المقصود هو الضمان العشري.

المادة ٢٢٤ مدني مصري، والمادة ٣٩٠ من قانون المعاملات الإماراتي، والمادة ٣٠٣ مدني كويتي والتي تنص على أنه (لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للمحكمة أن تخفـض التعويض عما هو متفق عليه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيـه إلـى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك).

ومن أمثلة القواعد المفسرة أو المكملة :-

المادة ١/٤٥٦ مدني مصري، المادة ٥٠١ مدني كويتي والتي تنص علـى أنه (١- يكون الثمن مستحق الأداء في المكان الذي يتم فيه تسليم المبيـع. ٢- وذلك كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

والمادة ٦٦٦ مدني كويتي والتي تنص علي أنه (١- على المقاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة وفي المدة المتفق عليها، فـإن لـم

تكن هناك شروط أو لم يتفق على مدة، التزم بإنجازه وفقاً للأصول المتعارف عليها وفي المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل مع مراعاة عرف الحرفة.
٢- .... ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك ').

ففي كل هذه الحالات يظهر من عبارة النص أن المشرع يضع قاعدة مفسرة إذ أجاز صراحة الاتفاق على ما يخالفها.

المعيار الثاني :- المعيار الموضوعي أو المعنوي:-

لا يمكن الاعتماد دائماً على المعيار الشكلي أو اللفظي للتعرف على نوع القاعدة من حيث كونها آمرة أو مكملة لأن هناك الكثير من القواعد القانونية لا تتضمن ألفاظاً كتلك التي ذكرناها عند التحدث عن المعيار اللفظي. لذا كان لابد من البحث عن وسيلة أخرى. هذه الوسيلة هي ما تعرف بالمعيار الموضوعي أو الوسيلة المعنوية، فإذا كانت القاعدة تمس مصلحة الجماعة والأسس التي تقوم عليها كانت القاعدة آمرة، أما إذا كانت القاعدة تنظم علاقة بين فردين كانت القاعدة مكملة لا تلزم الأفراد إذا لم تنظم علاقتهم. وعلى هذا فالقاعدة التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة تعتبر قاعدة آمرة ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها. أما إذا لم يوجد هذا الاتصال كانت القاعدة مكملة. وإذا كان للنظام العام والآداب هذه الأهمية فلابد من أن نتناولها بشيء من التفصيل.

النظام العام :

اتخذ المشرع من النظام العام معياراً للتفرقة بين القواعد الآمرة والمكملة ولكنه لم يعرف النظام العام ولم يحدد فكرته.

وفكرة النظام العام فكرة مرنة فهي تضيق وتتسع تبعاً للأفكار الاجتماعية السائدة في المجتمع في وقت ما. ففي ظل المذاهب الفردية التي تقدس حياة الفرد وتقدم مصلحته على مصلحة الجماعة نجد أن فكرة النظام العام تنحصر في أضيق الحدود بينما نجد العكس في ظل المذاهب الشمولية. كما أن فكرة النظام العام فكرة نسبية متطورة فهي تختلف من أمة إلى أخرى بل من جيل إلى جيل في الأمة الواحدة. فما يعتبر من النظام العام في دولة قد لا يعتبر من النظام العام في دولة أخرى، وعموماً يقصد بالنظام العام والآداب مجموعة الأفكار والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع في أنظمته المختلفة قانونية وسياسية واجتماعية والتي تعبر عن مصالحه الأساسية.

فكرة حسن الآداب :

يقصد بالآداب مجموعة القواعد الأخلاقية في أمة معينة وجيل معين والتي يرى الناس أنفسهم ملزمين بها. ولقد رأينا أن لقواعد الأخلاق نطاقاً أوسع من نظام القواعد القانونية، ولكن ذلك لا يعني أن هناك حداً فاصلاً بين الأخلاق والقانون. فالقاعدة الأخلاقية إذا بلغت حداً من الأهمية بحيث تمس كيان المجتمع فإنها تنفذ إلى دائرة القانون فتتضمنها قاعدة من قواعده، فالقانون لا يعاقب على مجرد الكذب ولكن إذا بلغ الكذب حداً يهدد كيان المجتمع عاقب عليه القانون كما في حالة الشهادة الزور.

يلاحظ أن فكرة الآداب العامة كالنظام العام تختلف باختلاف المكان والزمان فما يعتبر من النظام العام أو الآداب العامة في دولة ما قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى. وقد تتغير هذه الفكرة في البلد الواحد من وقت لآخر فالقانون لا يملي على الأفراد احترام كل القواعد الأخلاقية إلا تلك التي تمس مصلحة رئيسية للمجتمع أو تتعلق بكيانه.

نضرب مثالاً على المعيار الموضوعي أو المعنوي:-

نص المواد ٦٥١ مدني مصري، ٨٨٠ من قانون المعاملات الإماراتي، ٦٩٢ مدني كويتي والتي تنص علي أن (يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة، وذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء ....).هذه القاعدة آمرة لأنها تنظم مسألة تعد من النظام العام.

نستعرض فيما يلي تقسيمات القواعد القانونية من حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها:-

٣-٢-٤ القانون العام والقانون الخاص:-

(Public Law and Private Law)

من حيث القواعد التي تنظمها والأشخاص المخاطبة :-

تنقسم القواعد القانونية من حيث طبيعة الروابط أو العلاقات القانونية التي تنظمها إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص. ويستند هذا التقسيم على أساس وجود الدولة باعتبارها السلطة العليا في العلاقة القانونية، بمعنى أنه إذا وجدت الدولة صاحبة السلطات طرفاً في علاقة قانونية كان القانون الذي يحكم

هذه العلاقة فرعاً من فروع القانون العام سواء كان الطرف الآخر فرداً أو هيئة عامة أخرى وسميت القواعد في هذه الحالة بقواعد القانون العام.

أما إذا نظم القانون علاقة بين أفراد عاديين أو بينهم وبين الدولة باعتبارها فرداً لا سلطة عامة كان المطبق فرعاً من فروع القانون الخاص وسميت القواعد القانونية في هذه الحالة بقواعد القانون الخاص.

تعريف القانون العام (Public Law)

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقـات التـي تكـون الدولـة باعتبارها سلطة عامة صاحبة السيادة والسلطة طرفاً فيها.

تعريف القانون الخاص (Private Law)

هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بـين الأفـراد بعضهم البعض أو بين الأفراد والدولة عندما تدخل في العلاقة باعتبارها شخصاً عادياً لا يتمتع بالسلطة والسيادة، بل تكون على قدم المساواة بالأفراد العاديين.و بالتالي يتبين هنا أن للدولة صفتين حينما تتدخل في العلاقات القانونية فقد تدخل في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة (القانون العام) وقد تدخل بصفتها فرداً عادياً وليست صاحبة سيادة (القانون الخاص).

ولقد عرف العصر الحديث المجتمعات الكلية في أقوى وأكمل أوضاعها في صورة الدولة ولذلك كان تقسيم القانون إلى عام وخاص مـن أهـم خـصائص القانون في العصر الحديث وعلى هذا النحو فنعرض للتفرقة بين القانون العـام والقانون الخاص ثم نعرض بعد ذلك لكل فرع من فروع القانون العام والقانون الخاص وفروع القانون المختلفة بينهما.

٣-٢-٤-١ علة التميز بين القانون العام والقانون الخاص:-

اتجه الفقهاء إلى وضع بعض المعايير للتفرقة بين القانون العـام والقـانون الخاص ولقد اختلفت هذه المعايير حسب منظور كل منهم ونستعرض بعض تلك المعايير و المآخذ التي أخذت عليها:-

١- أن قواعد القانون العام هي التي تعمل على حماية المصلحة العامة أي مصلحة المجتمع. وقواعد القانون الخاص تعمل على حماية المصالح الخاصـة للأفراد.

ويؤخذ على هذا المعيار عدم الدقة لأن قواعد القانون جميعها تسعى لتحقيق المصلحة العامة وتبغي تنظيم الحياة في المجتمع، وهذا التنظيم مصلحة أساسية للمجتمع ككل، أي مصلحة عامة.

٢- إن قواعد القانون العام هي القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلاف حكمها أما قواعد القانون الخاص فهي القواعد المكملة التي يجوز اتفاق الأطراف على خلاف حكمها.

ويؤخذ على هذا المعيار مجافاته للواقع فقواعد القانون الخاص حافلة بالعديد من القواعد الآمرة، مثل قواعد المسئولية عن العمل الضار ونظرية الظروف الطارئة والمسئولية العقدية عن البناء والقواعد التي تتطلب الشكلية في بعض العقود مثل عقد الهبة وعقد الرهن الرسمي ...... إلخ.

٣- إن قواعد القانون العام هي التي تنظم العلاقات التي تكون الدول أو أحد فروعها طرفاً فيها أما قواعد القانون الخاص فهي التي تنظم العلاقة التي يكون كل أطرافها من الأشخاص الطبيعيين أو من الأشخاص المعنوية الخاصة.

ويؤخذ على هذا المعيار عدم اتفاقه مع الدولة في المجتمع الحديث، فالدولة في هذا العصر تتملك وسائل الإنتاج الكبيرة والمتوسطة وأحياناً الصغيرة، ثم هي تتولى بنفسها عملية التوزيع (مثل الدول التي كانت تأخذ بالاشتراكية)، ومن هنا وجبت التفرقة بين النشاط العام والنشاط الخاص للدولة فهناك فارق بين قيام الدولة بإعداد الجيش أو بتنظيم الشرطة والقضاء، وبين قيامها بالإنتاج والتوزيع.

عندما تمارس الدولة نشاطها فهي تتمتع بصفتين مختلفتين فهي أحياناً تتصرف بصفتها شخصاً خاصاً يسعى لتحقيق مصالح خاصة به ولذا فهي محكومة بمبدأ المساواة بين أشخاص القانون الخاص، وأحياناً أخرى تتصرف الدولة بصفتها ممثلة للمصلحة العامة ولذا فهي في مركز خاص هو مركز القوة والسلطة والسيادة وهي بذلك لا تتساوى مع الطرف الآخر وإنما تكون في مكان السيطرة والتحكم وعلى هذا الأساس فإن القانون العام يخول الدولة إمكانيات مادية و امتيازات عامة لا يخولها القانون الخاص للأفراد ويمكن الإشارة إلى ذلك فيما يلي:-

الإمكانيات المادية:-

هذه الإمكانيات تخضع مباشرة للدولة أو لأحد فروعها، وتتحرك حسب مشيئة هذه الأشخاص العامة. والنتيجة المنطقية لكل ذلك أن إرادة الدولة ليست

مجردة ونظرية مثل إرادة الأفراد، وإنما هي إرادة صاحب القوة والسلطان.

الامتيازات العامة:-

وهي كثيرة ولكن يمكن الإشارة إلى بعضها.

الأموال العامة:-

هي جزء كبير من أملاك الدولة يكتسب صفة العمومية بتخصيصها فعلاً، أو بمقتضى نص للمنفعة العامة. ومن ذلك الشوارع والميادين والأنهار والشواطئ والمياه الإقليمية والمباني الحكومية مثل مقر الإدارات الحكومية والمستشفيات العامة ودور التعليم العام بجميع مراحله .... الخ.

هذه الأموال يميزها القانون بعدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. ولو حاول أحد الاعتداء عليها أو اغتصابها كان للدولة أن تدفع هذا العدوان بوسائلها مباشرة دون الحاجة إلى الاحتكام على القضاء كما يفعل الأفراد.

نزع الملكية للمنفعة العامة:-

هي رخصة منحها القانون للدولة، بموجبها تستطيع أن تستولي على أموال الغير دون رضاه، إذا كانت هذه الأموال ضرورية للمنفعة العامة مثل شق الطرق والخزانات والسدود وغيرها، ويشترط القانون صدور قرار من الجهة المختصة بذلك مع استيفاء الشكل المطلوب. بشرط دفع تعويض عادل عن هذه الأموال.

هذا الإجراء هو امتياز تحتكره الدولة وفروعها لأن الأشخاص الخاصة لا تحصل على أموال الغير إلا برضاء هذا الغير ومقابل الأداء الذي يتفق عليه معه.

مضمون العقد الإداري والتوقيع المباشر للجزاء :-

تستطيع الدولة أو أحد فروعها تغيير بنود العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ويكفي الاحتماء بالمصلحة العامة كتبرير من جانبها، كما تستطيع توقيع جزاء تنتهي به هذه العقود دون حاجة إلى إذن القضاء أو أي سلطة أخرى.

الحجز الإداري :-

للدولة الحق في توقيع الحجز الإداري لاستيفاء مالها من حقوق قبل الغير، وذلك مثل دين الضريبة أو الدين الذي يشغل ذمة الموظف نتيجة عجز في

عهدته أو في الأموال الموجودة تحت يديه. هنا تملك الدولة وفروعها القيام مباشرة بالحجز على أموال الممول أو على مرتب الموظف لاستيفاء حقوقها دون حاجة إلى استئذان القضاء أو أي جهة أخرى. ولكن استخدام الدولة المباشر لهذه الامتيازات، لا يحرم الطرف الأخر الذي يتعامل معها من التظلم أمام القضاء لإلغاء القرار أو الإجراء الذي اتخذ استناداً على هذا الامتياز أو للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عنه، وذلك في كل حالة يكون فيها نشاط الدولة مخالفاً للقانون أو متضمناً تعسفاً في استعمال السلطة.

خضوع المنازعات الإدارية إلى نظام قضائي خاص :

تخضع المنازعات الإدارية المتعلقة بمسائل القانون العام والتي تكون الدولة طرفاً فيها للقضاء الإداري الذي يختلف في بعض إجراءاته عن القضاء العادي الذي تخضع له منازعات القانون الخاص. وخلاصة القول أن علة التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص هي أن الدولة باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة تهدف مباشرة إلى تحقيق المصلحة العامة للجماعة، أما إذا كانت لا تمارس السيادة فإنها تهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة، ولهذا فإنه ينبغي أن نفرق بين نوعي تلك العلاقات.

والدولة في تحقيقها للمصلحة العامة باعتبارها صاحبة السيادة تملك من الوسائل ما لا يملكه الأفراد العاديون، فهي تملك تكليف بعض الأفراد بالقيام بأعمال معينة، كما تملك نزع ملكية الأفراد جبراً عنهم. وهذا ما لا يستطيعه الأفراد العاديون، وهي في علاقاتها بموظفيها تتمتع بسلطات قبلهم لا يتمتع بها الأفراد العاديون لمن يعملون لحسابهم ، ويرجع السر في اختلاف طبيعة القواعد القانونية على هذا النحو إلى أنه إذا كانت الدولة طرفاً في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة كان أساس القاعدة التي تحكمها القوة وهذا بخلاف ما إذا لم تكن الدولة بصفتها السابقة طرفاً في العلاقة، فإن أساس القاعدة التي تحكمها هو المساواة بين الطرفين.

والقانون ليس مجموعة واحدة متحدة النوع والطبيعة ولكنه ينقسم إلى عدة فروع وسنتكلم عن كل من فروع القانون العام، وفروع القانون الخاص وعن فروع القانون المختلطة بينهما وذلك فيما يلي.

٣-٢-٤-٢ فروع القانون العام:-

نعلم أن القانون العام ينظم علاقة الدولة بغيرها من الدول والهيئات الدولية من ناحية والأفراد من ناحية أخرى، فهو بذلك ينقسم إلى قسمين هما:-

أولاً: القانون الدولي العام:-

القانون الدولي العام: هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الدولة (باعتبارها صاحبة السلطة العامة) بغيرها من الدول في وقت السلم ووقت الحرب.

فالقانون الدولي العام ينظم علاقات الدول في وقت السلم فيضع الشروط اللازمة لاكتساب الدولة عضوية المجتمع الدولي، وطرق التعامل بين الدول من تمثيل سياسي ومعاهدات وغير ذلك.

كما أن القانون الدولي العام ينظم علاقات الدول في وقت الحرب فيبين كيفية إعلان الحرب وعقد الصلح، وما يتفرع عن ذلك من قواعد تتعلق بمعاملة الأسرى والجرحى والمدنيين.

والقانون الدولي العام أخيراً ينظم علاقات الدولة بالمنظمات الدولية كالأمم المتحدة وما يتفرع منها من مؤسسات مثل مجلس الأمن، كما ينظم علاقتها بما قد تنضم إليه من منظمات إقليمية مثل جامعة الدول العربية.

ويلاحظ في هذا الصدد عدم وضوح عنصر الجزاء في قواعد القانون الدولي العام لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول تكفل الاحترام الكامل لها. غير أن ذلك لا يطعن في توافر الإلزام لهذه القواعد ومن ثم في صفتها القانونية نظراً لتوافر الاعتقاد في وجوب تطبيقها جبراً على الدول أعضاء المجتمع الدولي.

وكان الهدف من إنشاء الأمم المتحدة هو إيجاد هذه السلطة وتدعيم الاحترام الواجب لقواعد القانون الدولي العام.

ثانياً :- القوانين الداخلية :-

وهو القانون الذي ينظم العلاقات داخل الدولة بين السلطات فيها أو بينها وبين الأفراد، وتظهر في هذه العلاقة باعتبارها سلطة عامة، وفروع هذا القانون هي:- القانون الدستوري - القانون الإداري - القانون المالي - القانون الجنائي بشقيه العقوبات والإجراءات.

ثالثاً :- القانون الدستوري :-

القانون الدستوري هو :- مجموعة القواعد التي تحدد نظام الدولة وسلطاتها العامة واختصاص كل منها وما يجب بينها من تعاون ورقابة متبادلة.

فهو القانون الذي تخطه الدولة لتسير على هديه فهو القانون الأساسي للدولة، الذي يبين شكل الدولة والسلطات التي تتكون منها ونوع الحكومة والحقوق والواجبات الأساسية التي تثبت للأفراد أو عليهم، ولا يجوز أن يصدر أي فرع من فروع القانون متعارضاً مع أحكام الدستور أو مخالفاً لها.

ويتميز هذا القانون بالطابع الخاص للجزاء على مخالفة قواعده فسلطات الدولة لا يوجد فوقها سلطة أعلى تستطيع كفالة الاحترام للقواعد الدستورية المتعلقة بها فيما وراء الشعب مصدر السلطات، لذلك فجزاء القواعد الدستورية يتمثل في مسئولية كل من سلطات الدولة قبل السلطات الأخرى في حدود الرقابة المخولة لها من ناحية، ومسئولية هذه السلطات أمام المجالس المنتخبة من قبل الشعب.

رابعاً:- القانون الإداري :-

هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية لوظيفتها. فهو ينظم قيام الدولة باعتبارها سلطة عامة بتسيير المرافق العامة وما يلزم لذلك من مؤسسات وما يتفرع عنه من علاقات بالأفراد.

وللسلطة التنفيذية نوعان من الأعمال أولها هي أعمال السيادة مثل إعلان الحرب وإعلان حالة الطوارئ ، إبرام المعاهدات، ودعوة المجلس التشريعي للانعقاد و إعلان الأحكام العرفية ولا تخضع تلك الأعمال لرقابة المحاكم ، وثانيها الأعمال الإدارية التي تتعلق بكيفية سير الآلة الحكومية لتعريف الشئون اليومية العادية والتي ينظمها القانون الإداري.

خامساً :- القانون المالي :-

وهو مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة، فهو يبين موارد الدولة وكيفية حمايتها ثم يحدد أوجه الإنفاق وطريقته خلال عام ويسمى هذا بالميزانية ويتناول بالتنظيم المسائل الآتية:-

١- نظام موازنة الدولة وكيفية تحضيرها و الموافقة عليها وتنفيذها ومراقبتها.

٢- مصروفات الدولة على المرافق العامة التي تقوم بإدارتها.

٣- موارد الدولة التي تغطي بها المصروفات سواء العادية مثل الضرائب أو غير العادية كالقروض الخارجية.

٤- تنظيم إنفاق موارد الدولة على نواحي النشاط المختلفة والرقابة على هذا الإنفاق.

سادساً :- القانون الجنائي :-

وهو مجموعة القواعد التشريعية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها وإجراءات المحاكمة وتنفيذ العقوبة وتنقسم إلى قسمين:- قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية.

قانون العقوبات:-

هو القانون الذي يبين الأعمال التي تعتبر جرائم والجزاء الذي يوقع على كل فعل منها، وينقسم إلى قسمين قسم عام وقسم خاص.

قانون الإجراءات الجنائية:-

وهو يختص ببيان الإجراءات الواجب إتباعها لتطبيق قانون العقوبات من وقت وقوع الجريمة إلى تنفيذ العقوبة.

٣-٢-٤-٣ المقاولة وعقد الأشغال العامة:-

لا يجب الخلط بين المقاولة وعقد الأشغال العامة وهو عقد إداري من عقود القانون العام. وعقد الأشغال العامة هو عقد بمقتضاه تعهد الإدارة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار في مقابل أجر، تحقيقاً للمنفعة العامة. واعتبار العقد عقد أشغال عامة يترتب عليه عدم خضوعه لأحكام القانون المدني، سواء في ذلك أحكام النظرية العامة للعقد، وأحكام عقد المقاولة، إلا في الحدود التي لا تتعارض فيها هذه الأحكام مع قواعد القانون العام، ويبرر ذلك بالغرض المقصود من الأشغال العامة وهو تحقيق منفعة عامة، فهذا الغرض يتطلب أن يخضع عقد الأشغال لقواعد تختلف عن القواعد التي يخضع لها عقد المقاولة المبرم لتحقيق مصالح خاصة.

وذلك لأن المستقر عليه في فقه وقضاء العقود الإدارية أن هذه العقود تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، بحيث يتم تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة،

ويترتب على ذلك أن للإدارة السلطة الكاملة في تعديل شــروط العقــد بتغييــر الكميات المطلوبة زيادة أو نقصاً بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام وصالح المرفق.

واستعمال الجهة الإدارية لحقها في تعديل الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص في حدود النسبة المنصوص عليها بالعقد لا يرتب في ذاتــه اســتحقاق المتعهد لأي تعويض.

كما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية إلا أنها في العقود الإدارية غير متكافئة حيث تعلو مصلحة الدولة على المــصلحة الفرديــة الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري.

السوابق القضائية:

١) للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين كما أن لها دائماً سلطة إنهاء العقــد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجــوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر. مع ملاحظة أن هذا الحق المخول للجهة الإدارية ليس مطلقا بل إنه مشروط بشرطين الأول أن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق العام إنهاء العقد. والثاني أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على سلطه تقديرية أي لا يكون القرار مشوباً بالانحراف بالسلطة.

(حكم محكمة الاستئناف رقــم ١٩٨٢/١٣٢ الــدائرة التجاريــة – جلــسة ١٩٨٢/٣/١٦ والاســـتئناف رقـــم ١٩٨٢/١٣٣ تجـــاري جلـــسة ١٩٨٢/٦/١٥).(المحكمة الإدارية العليا-مصر - الطعن رقم ٢٢٨٩ لــسنه ٣٠ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠).

٢) " وفي حدود ما تسمح به الصلاحيات والحقوق الممنوحة لــلإدارة مــن خلال العقد الإداري وما يتميز به من شروط غير مألوفة في العقــود المدنيــة، ضماناً لحسن سير المرافق العامة وإطراد سيرها ومنعاً من تعطلهــا بمــا قــد يعرض المصلحة العامة للضرر إذا توقفت هــذه المرافــق، ذلــك لأن العقــود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف

العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازية ومتساوية فإنها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصالح الفردية الخاصة، ولكن يجب أن يكون ذلك أيضاً داخل إطار المبادئ القانونية والأصول المقررة لتنفيذ كافة العقود وذلك إذا توافرت شرائطها لعدم تعارضها مع الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية ومؤدى ذلك أن تضمين العقود الإدارية شروط غير مألوفة، ومنح الإدارة حرية أكبر ومساحة حركة في تنفيذ العقود الإدارية لا يحولها إلى عقود إذعان كما تذهب إلى ذلك المستأنفة، بل تظل تلك العقود محافظة على طبيعتها وخصائصها طالما كان تنفيذها لا يخرج عن الأحكام التي وردت بها وعن النصوص الواردة بالمستندات الملحقة بها والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ منها ".(حكم محكمة الاستئناف – الدائرة الإدارية في الاستئناف رقم ٩٨/٢٦٤ إداري بجلسة ١٩٩٩/٢/٢).

ويتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفية شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص.

يتبين مما تقدم أن تعريف العقد الإداري حسبما استقر عليه القضاء الإداري هو كما يلي:–

إن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره بشرط أن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. ويستخلص من ذلك التعريف ضرورة توافر ثلاثة شروط حتى يصبح العقد عقداً إدارياً هي :

١– أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً.

٢– أن يتعلق العقد بإدارة أو تسيير مرفق عام.

٣– أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة في مصر في العقود الإدارية في أربعين عاماً صـ ٩١ وما بعدها:–

حكم ٥٧٦- ١١ (١٩٦٧/١٢/٣٠) ٣٥٩/٤٨/١٣.

حكم ٥٥٩-١١(١٩٦٨/٢/٢٤) ٥٥٧/٧٥/١٣

حكم ٢١٨٤- ٢٩(١٩٨٧/٢/٢١) ٨٥٣/١٢٧/٣٢.

حكم ١٥٥٨-٧(١٩٦٤/٣/٧) ٧٦٣/٦٣/٩

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٦)

٣) " حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض عن الأضرار الناتجة عن ممارسة الإدارة سلطاتها في تعديل العقد يكون عند تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة.

إذا تم التعديل بإرادة مشتركة للطرفين معاً، بأن تم الاتفاق على تنفيذ العقد بعد إدخال التعديلات التي تضمنتها الأوامر التغيرية بقيمة إجمالية والممثل القانوني للمتعاقد قد وافق على ذلك ووقع إقراراً يفيد هذا القبول فلا يحق للمتعاقد المطالبة بأي تعويض عن هذه الأوامر التغيرية ". (فتوى رقم ٣٥٥٣ بتاريخ ١٩٩٣/١٠/٣١ مرجع رقم ٢/٢٣٣/٩٣-٦) إدارة الفتوي والتشريع.

٣-٢-٤-٤ فروع القانون الخاص :-

ينقسم هذا القانون إلى فروع عديدة على رأسها القانون المدني وهذه الفروع هي :-

القانون المدني – القانون التجاري – القانون البحري – قانون العمل – القانون الزراعي في مصر. وسوف نتناول بإيجاز نبذه عن القانون المدني والقانون التجاري ومالها من علاقة مباشرة بإدارة العقد.

٣-٢-٤-٤-١ القانون المدني:- (Civil Law)

وهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم جميع العلاقات التي تقوم بين أفراد المجتمع على اختلاف مهنهم ما عدا العلاقات التي ينظمها فرع آخر من فروع القانون الخاص فهو القانون الذي ينظم العلاقات المالية بين الأفراد.

وينقسم القانون المدني في تنظيمه للعلاقات الخاصة إلى قسمين:-

القسم الأول:-

ينظم الأحوال الشخصية مثل أحكام الخطبة والزواج والطلاق والفسخ

والخلع وثبوت النسب والوصية والإرث وغير ذلك من موضوعات أسرية وهذا ليس له علاقة بأعمال المشاريع والتشييد.

القسم الثاني:-

فينظم ما يسمى بالأحوال العينية أو المسائل المالية كتنظيم العقود والحقوق العينية الأصلية (كحق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق مثل حق الانتفاع، حق الارتفاق، حق السكنى والحكر والحقوق العينية التبعية " كالرهن والاختصاص والامتياز ") وسيتم تناول كل ذلك في الجزء الخاص بنظرية الحق.

٣-٢-٤-٤-٢ القانون التجاري:- (Commercial Law)

هو مجموعة القواعد التي تنظم النشاط المالي ذات الصفة التجارية، فهو يحدد كلمة تاجر والأعمال التجارية ويبين واجبات التاجر كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية وينظم الشركات التجارية بأنواعها ويتناول مظاهر النشاط التجاري كالعقود التجارية والملكية التجارية والأوراق المالية كالكمبيالات والسندات وينظم الإفلاس وما يترتب عليه من آثار .

وكان القانون التجاري مندمجاً مع القانون المدني، ولكنه استقل عنه، وبذلك انفردت المعاملات التجارية بتنظيم خاص بها بسبب ما تستلزمه هذه المعاملات من سرعة وائتمان لا تحققه قواعد القانون المدني والأمثلة على ذلك عديدة نذكر منها ما يلي:-

*** في مجال الإثبات:-**

القاعدة العامة في الإثبات في المعاملات المدنية اشتراط الكتابة لإثبات التصرفات التي تجاوز قيمة معينة ، ولا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة بغير الكتابة ومثال ذلك أوامر التغيير في عقود المقاولة بين رب العمل والمقاول الرئيسي، وعقد المقاولة عقد مدني يخضع للقانون المدني أي أنه ليس عقد تجاري أو عقد إداري، والعقد الإداري إن كانت الحكومة طرفاً فيه ، يكون من أعمال الأشغال العامة، أما في المعاملات التجارية فلا يشترط الكتابة بل يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ومثال ذلك أوامر التغيير في عقود المقاولة بين مقاول الباطن والمقاول الرئيسي فيكفي أن يثبت مقاول الباطن أنه قام بالعمل بناء على أوامر المقاول الرئيسي أو من ينوب عنه وأن العمل قد تم بالفعل.

انتقال الحقوق:-

تسهيل وسرعة تداول الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات والشيكات، فإن هذه الحقوق تنتقل بمجرد تظهيرها – أي التوقيع على الورقة بما يفيد التظهير – أو تسليمها إذا كانت واجبة الدفع لحاملها، بينما القاعدة في القانون المدني أن حوالة الحق لا تنفذ تجاه المدين أو تجاه الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها الغير.

تنظيم الإفلاس:-

نجد أن نظام الإفلاس بالنسبة للتجار – وهو المقابل للإعسار المدني – يتسم بالشدة والصرامة، حيث ترفع يد التاجر المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ليتولاها وكيل الدائنين، ولا يحدث ذلك في الإعسار المدني.

التضامن:-

القاعدة في القانون المدني، أن التضامن بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون، أما في المعاملات التجارية فهو مفترض دون حاجة إلى نص أو اتفاق.

ولذا فإن من المهم أن يتم تحديد ما إذا كان عقد المقاولة هو عقد مدني أو عقد تجاري. وذلك ما سوف نستعرضه كما يلي:

٣-٢-٤-٤-٣ الطابع المدني أو التجاري للمقاولة:-

المقاولة عقد من عقود القانون الخاص، وهي تعتبر عقداً مدنياً بالنسبة لرب العمل، إلا إذا كان تاجراً وأبرم العقد لحاجات تجارية، فإنه يعتبر عملاً تجارياً بالتبعية، أما بالنسبة للمقاول، فإن العقد يكون مدنياً وقد يكون تجارياً بحسب العمل الذي يقوم به، فإذا كان هذا العمل مدنياً كان العقد مدنياً، وإذا كان العمل تجارياً كان العقد كذلك، ومن المقرر أن الأعمال الذهنية تعتبر أعمالاً مدنية لو قام بها الشخص على وجه الاحتراف، كعقد المهندس المعماري الذي يضع تصميماً لبناء ، والمقاولات المتعلقة بإنشاء المباني والعقارات عموماً كإنشاء الطرق والجسور وحفر الترع ومد السكك الحديدية، فهذه المقاولات كلها تعتبر تجارية بالنسبة للمقاول إذا كان يقدم المواد اللازمة من عنده وتعتبر مدنية بالنسبة لرب العمل، أما إذا كان المقاول لا يقدم المواد المستخدمة في البناء أو الترميم، وإنما يقتصر على مجرد تقديم علمه وخبرته تعتبر مدنية في هذه الحالة

بالنسبة للمقاول ورب العمل. وتبدو أهمية تحديد الصفة المدنية أو التجارية لعقد المقاولة من عدة نواح، منها:-

- أنه إذا كانت المقاولة تجارية بالنسبة لأحد طرفيها فإنه يجوز اختصام هذا الطرف أمام المحاكم التجارية، و يتبع في الإثبات في مواجهته طرق الإثبات التجارية، وأنه إذا تعدد أفراد هذا الطرف كانوا متضامنين دون حاجة إلى اتفاق خاص إذ يفترض التضامن في المسائل التجارية.

- إذا كانت المقاولة مدنية فإنه تترتب عليها عكس النتائج السابقة بالنسبة لمن كان العقد بالنسبة له مدنياً، وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا تعلق الأمر بمقاولة بناء، فلا يجوز للمقاول أن يثبت بالبينة أن صاحب العمل قد أذن له في إجراء أعمال زائدة على المتفق عليه في العقد، لأن المقاولة لا تعتبر عملاً تجارياً بالنسبة لصاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذه الطريقة. (٤٧- الطعن رقم ٠٠٠٨ لسنة ٧ ق مجموعة عمر ٢ع صفحة رقم ١٦٤).

لا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه، أنه أذن له بإجراء أعمال زائدة على المتفق عليها في عقد المقاولة، لأن عمل المقاولة لا يعتبر تجارياً بالنسبة لصاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق. (٥١-الطعن رقم ٣٥٦ سنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٣١ س ٢٤ ص ٨٥٣).

يجوز إثبات عدم قيام المقاول بالتنفيذ - كواقعة مادية - بكافة طرق الإثبات.

عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقاً لما التزم به في عقد المقاولة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد إذا لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة فيه.

وعقد مقاولة الأعمال قد يكون عقداً إدارياً إذا كان أحد طرفيه جهة إدارية.

(مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - المرجع السابق ص ٦٨١ وما بعدها حكم ٩٢٤- ٣٦ لـ ١٩٩١/٧/٢٠) ١٦٠٦/١٦٣/٣٦).

٣-٢-٤-٥ فروع القانون المختلطة:-

وهي تضم نوعين من العلاقات ينتمي إحداهما إلى القانون العام وينتمي الآخر إلى القانون الخاص وهي :-

أولاً : قانون المرافعات المدنية والتجارية :

وهو مجموعة القواعد التي تنظم السلطة القضائية وتبين الإجراءات الواجب إتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المدني والتجاري.

وعلى ذلك فإن قانون المرافعات يتكفل بناحيتين:-

الأولى :- هي تنظيم السلطة القضائية.

والثانية : هي بيان الاجراءات واجبة الاتباع أمام المحاكم.

ثانياً:- القانون الدولي الخاص:

هو مجموعة القواعد التي تبين المحكمة المختصة بنظر نزاع ذي عنصر أجنبي وتحدد القانون الواجب الإتباع في فض هذا النزاع.

والملاحظ أن القانون الدولي الخاص لا ينظم العلاقات التي تقوم بين الأفراد والتي تتضمن عنصراً أجنبياً بل إن كل مهمته هو الإحالة في حكم هذه العلاقة إلى القانون الوطني أو الأجنبي (قواعد الإسناد) وذلك بعد أن يحدد ما إذا كانت المحكمة الوطنية مختصة بنظر النزاع أم لا.

حالة عملية:

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٨٧)

تحديد القانون الذي تخضع له الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي ."خضوع الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي للقانون الذي يختاره العاقدان".

مفاد ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٩ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم ١٩٦١/٥ أن المشرع أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان في العقد بإرادتهما الصريحة أو الضمنية وكان أحد طرفي العقد كما ورد في موضوع الدعوى أجنبياً وقد ورد به أن العاقدين اتفقا على خضوعه لقوانين الكويت فإنه بذلك يخضع لأحكام قانون التجارة.

(حكم التمييز الطعن رقم ٨٨/١٩٨ تجاري جلسة ١٩٨٩/١/٣٠)

٣-٣ ثالثاً : المصادر الرسمية للقانون (Resources of Law)

تنقسم مصادر القانون طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني الكـويتي إلى ثلاثة مصادر رسمية هي :-

- التشريع
- أحكام الفقه الإسلامي
- العرف

إلا أن هناك بعض التشريعات العربية الأخرى أضافت مصدراً رابعاً: هـو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

٣-٣-١ التشريع:-

هو كل ما يصدر عن السلطة التشريعية من قواعد عامة مجردة ومكتوبـة تقوم بتنظيم العلاقات بين الناس أو بينهم وبين الدولة، والتشريع هـو المـصدر الأساسي للقانون وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الكـويتي وفي معظم الدول العربية فقد جعلت من التشريع المصدر الرسمي الأول الـذي يتعين على القاضي المدني الكويتي اللجوء إليه عند فـصله فـي المنازعـات المعروضة عليه بحيث إذا وجد نصاً تشريعياً يتضمن في منطوقه أو مفهومـه حلاً للنزاع وجب عليه التقيد به وإعمال حكمه، ولا يلجأ إلى غيره من المصادر إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي.

٣-٣-٢ أحكام الفقه الإسلامي :-

هي المصدر الرسمي الثاني في القانون الكويتي والثالث في مصر وكثيـر من الدول العربية ولقد نصت المادة الأولى من القانون الكويتي على أنه " إن لم يوجد نص اجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقا مـع واقع البلاد ومصالحها" .

ومؤدى ذلك أن أحكام الفقه الإسلامي تعد المصدر الثاني، الذي يلجأ إليـه القاضي الكويتي، عندما لا يجد حلاً للنزاع المعـروض عليـه فـي نـصوص التشريع، ويقصد بأحكام الفقه الإسلامي هنا الأحكام الشرعية العملية التي تضبط السلوك الإنساني والعلاقات الاجتماعية، وهي ما يصطلح على تسميتها بأحكـام المعاملات. وتتميز أحكام الفقه الإسلامي بالإحاطة والـشمول حيـث تـضمنت القواعد الأساسية اللازمة لبناء أي مجتمع متحضر ينشد التقدم، وبهـذا قـدمت النصوص التشريعية القواعد العامة للنظام القانوني تاركة للمجتهدين استخلاص تفصيلات هذا النظام.

وقد قررت نصوص القرآن الكريم هذه الإحاطة والشمولية في قوله تعالى ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾ [المائدة:٣]، وقوله تعالى: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ تِبْيَٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ﴾ [النحل:٨٩].

وتتميز أحكام الشريعة الإسلامية بأنها ثابتة، لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وتصلح لكافة المجتمعات وذلك لورودها دائماً في صورة قواعد عامة مصحوبة باستثناءات (الضرورات تبيح المحظورات) وتمنح قواعد الفقه الإسلامي مرونة كبيرة لعملية مواكبة الاختلاف في الزمان والمكان من خلال اجتهاد الفقهاء.

وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي للغالبية العظمى من أحكام القانون المدني والشريعة الإسلامية تعد المصدر التشريعي الأول لقانون الأحوال الشخصية في كثير من الدول العربية.

٣-٣-٣ العرف:-

هو المصدر الرسمي الثالث في القانون الكويتي والثاني في مصر وكثير من الدول العربية وهو أيضاً أهم المصادر التي توجب الشريعة والفقه الإسلامي اعتمادها، فالأصل في المعاملات هو ما تراضى عليه الناس أو جرى به العرف بينهم، إلا أن يتراضوا أو يتعارفوا على ما يخالف حكم الشرع من تحليل حرام، أو تحريم حلال، وقد قرر القرآن الكريم والسنة النبوية هذا الأصل، فقال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩]، وقال الرسول ﷺ فيما رواه أحمد في مسنده: "أنتم أعلم بأمور دنياكم"(رواه مسلم برقم ٢٣٦٣ عن عائشة وعن ثابت وعن أنس) وقوله فيما رواه مسلم في مسنده: "إنما أنا بشر إذا أمرتكم بشئ من دينكم فخذوا به وإذا أمرتكم بشئ من رأي فإنما أنا بشر"(رواه مسلم برقم ٣٦٣٢) يتضح من تعريف العرف بأنه اعتياد الناس على سلوك معين فترة زمنية طويلة، ومع اعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم ومن جانب آخر إذا كانت العادة خاصة بأهل حرفة أو مهنة معينة فيجب أن تكون متبعة من غالبية أصحاب الحرفة أو المهنة، حتى يكون لها صفة العموم ويجب ألا تخالف العادة النظام العام، وبعبارة أخرى ألا تخالف العادة، قاعدة قانونية أخرى . فلو أن عادة خالفت قاعدة قانونية آمرة فإنها لا تعد عرفاً.

إن القاضي يفترض علمه بالعرف – باعتباره قانونياً – ويطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه سواء علم الأفراد به أم لم يعلموا ويخضع القاضي في تطبيقه للعرف لرقابة محكمة النقض في مصر ويقابلها محكمة التمييز في الكويت التي تراقب تطبيق القوانين.

ويكون العرف معاوناً للتشريع عندما يستهدي به النص التشريعي للوقوف على قصد المتعاقدين كما في نص الفقرة الثانية من المادة ١٩٣ من القانون المدني الكويتي، حيث تنص على أنه "إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فإنه يجب تقصي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموعة وقائعه وظروف إبرامه، دون الوقوف عند مجرد ألفاظه أو عباراته، ومع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية" .

يقوم العرف بهذا الدور إذا نشأ خلاف بين الأطراف حول تفسير مصطلح معين أو صيغة في عقد لم يرد في تفسيرها نص، فتستعين المحكمة بالعرف لتفسير الغموض، أو لمعرفة المقصود بالمصطلح.

العرف لا يلغي التشريع فلا يجوز أن يخالفه، والأمر لا يحتاج تفسيراً بالنسبة للقواعد الآمرة لأنها متعلقة بالنظام العام، ومن شروط العادة العرفية ألا تخالف النظام العام.

أما القواعد المكملة فغالباً ما يقدم المشرع العرف عليها، فيشترط لتطبيقها عدم وجود اتفاق أو عرف مخالف لها، بحيث إذا وجدت قاعدة مكملة وعرف أو اتفاق مخالف لها يعتد بالعرف ولا يعتد بالقاعدة المكملة.

٣-٣-٣-١ دور العرف في فروع القانون :-

يقوم العرف بدوره الذي بيناه في كل فرع من فروع القانون، بصورة تتفاوت من فرع إلى آخر.

ففي مجال القانون الجنائي لا يوجد للعرف أي دور في مجال التجريم والعقاب فالقاعدة في قانون الجزاء أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي ،وفي نطاق القانون الدستوري يختلف دور العرف باختلاف الدولة ، ففي الدول التي لا توجد فيها دساتير مكتوبة مثل المملكة المتحدة، يلعب العرف الدور الأساسي فيها، أما في الدول ذات الدساتير المكتوبة فيكون للعرف دور محدود.

وفي نطاق القانون المدني يكاد يقتصر دور العرف على كونه معاوناً للتشريع أو مفسراً له في نطاق هذا الفرع من فروع القانون.

وفي نطاق القانون التجاري فإن للعرف فيه دور كبير سواء كان مكملاً للتشريع أو معاوناً له وذلك نظراً لقلة النصوص التشريعية وعدم كفايتها لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة.

٣-٣-٣-٢ أساس القوة الملزمة للعرف:-

القانون المصري لا يمنع القاضي من الإهتداء - إلى جانب أحكام الفقه الإسلامي- بمبادئ القانون العامة، أو بالقواعد المقررة في معاهدات دولية أو تشريعات أخرى ، أو أن يستلهم الرأي من الأحكام التي أقرها القضاء والفقه محلياً كان أو غير محلي ، ما دامت متفقة مع واقع البلاد ومصلحة الجماعة وتبغي تحقيق العدالة أما من حيث أثر الجهل بالعرف والعادة تطبيقاً لقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، فإن العرف باعتباره قانوناً يطبق على الجميع علموا به أو لم يعلموا.

فمتى توافر للعرف ركناه المادي وهو الاعتياد ، والمعنوي وهو عقيدة الإلزام أصبح قانوناً ملزماً واجب الإتباع من الأفراد والتطبيق من المحاكم ويجازي من يخالفه بالجزاء المادي المنوط تطبيقه للسلطة العامة شأنه في ذلك شأن كافة القواعد القانونية.

ويقصد بمبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون أن الشخص لا يمكنه أن يستند إلى جهله بأحكام القانون ليطلب استبعاده وعدم تطبيقه.

الموضوع: العرف

الموضوع الفرعي : عدم جواز التحدي بالعرف في حالة وجود نص

حالة علمية:-

النص في المادة الأولى من القانون المدني على أن تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في معناها ، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف مفاده أنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يجوز التحدي بالعرف، إلا إذا لم يوجد نص تشريعي.(٧- الطعن رقم ٠٣٢٣ لسنة ٣٥ مكتب فني ٢٠ صفحة رقم ١٠١٧ بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٩).

فقرة رقم: ١

لا يجوز التحدي بالعرف إلا إذا لم يوجد نص تشريعي.

٣-٣-٤ مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وعلاقتهما بمجال إدارة المشاريع ودور المهندس:-

لم يشأ المشرع الكويتي أن يجاري التقنين المصري وبعض التقنينات العربية الأخرى في إحالتها إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وفقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني المصري وفي بلاد عربية أخرى مصدر احتياطي يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد حلاً للمسألة المعروضة أمامه في التشريع أو العرف أو مبادئ التشريع الإسلامي.

والقاضي عندما يلجأ لقواعد العدالة والقانون الطبيعي للبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق يكاد يلبس في هذا النطاق الثوب الضيق للمشرع ولكنه يختلف عنه في أنه لا يضع قواعد عامة بل يقتصر دوره على حل النزاع المعروض عليه.

ويقصد بالقانون الطبيعي مجموعة من الواجبات والمبادئ العامة التي لا ترقى إلى درجة القواعد القانونية بما تمتاز به من تحديد وانضباط وقابلية للتطبيق لحل المنازعات.

أما العدالة فبدورها بعيدة عن أن تكون مصدراً مباشراً للقواعد القانونية، فهي عبارة عن شعور وإحساس كامن بضرورة إيتاء كل ذي حق حقه، فدور العدالة يقف عند حد كونها موجهاً عاماً وإطاراً محدداً للحلول القانونية وليس مصدراً للقواعد القانونية.

٣-٣-٥ الالتزام الطبيعي في المجال الهندسي وعمل المهندس:-

في نهاية هذا العرض – لما احتوت عليه الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين الخاصة بالأعمال الهندسية وأعمال المقاولات من أخلاقيات إرتقت إلي حد القواعد القانونية إذ تكفلها المشرع بالذكر والحماية ورتب على مخالفتها الجزاء سواء من خلال الدولة (عقوبات جنائية) أو من خلال النقابات المهنية (عقوبات مهنية) أو من خلال التعويض المنصوص عليه في بنود العقد أو المفترض في حق المهندس متولي العمل نجد أنفسنا أمام نوع آخر من

الالتزامات التي لم ترتقي بعد لمرتبة القوانين إذا لم تتضمنها نصوص قانونية ولا إصدارات لائحية نقابية ولم تتضمنها مواثيق شرف مهنية بل هي من الباعث الأخلاقي و الواعظ الضميري ، وهو ما يحدو بنا لدراسة هذه الالتزامات والتي سميت بالالتزامات الطبيعية ، وبشكل مقتضب سنتعرف علي ماهية الالتزام الطبيعي ونميزه عن الالتزام المدني أو القانوني ثم نحدد مقوماته ونطبقها علي الواقع الهندسي محل الدراسة . وذلك من خلال استعراض النقاط التالية :-

ماهية الالتزام الطبيعي .

تمييز الالتزام الطبيعي عن القانوني .

شروط ومقومات الالتزام الطبيعي وتطبيقها علي المجال الهندسي.

المستفاد من هذه المداخلة.

٣-٣-٥-١ ماهية الالتزام الطبيعي:-

فالالتزام الطبيعي يعد التزاماً ناقصاً إذ تتوافر فيه عنصر المديونية دون أن يتوافر عنصر المسئولية فلا يجبر المدين على تنفيذه وبذلك فإن عنصر المديونية في الالتزام الطبيعي لا ينتج أثره القانوني لعدم توافر عنصر المسئولية فيه ويتوقف عنصر المسئولية على اتجاه إرادة المدين إلي تنفيذه.

وبذلك فإن الالتزام الطبيعي يرتكن في المقام الأول علي الواجب الأخلاقي ذلك الواجب الذي يرتفع بالالتزام الطبيعي ويقربه من منطقة القانون وبذلك يصبح الالتزام الطبيعي وسط بين الالتزام المدني وبين مجرد الواجب الأخلاقي فليس التزام مدني لاستحالة قهر المدين على تنفيذه وليس مجرد واجب أخلاقي فقط لأنه لا يعد تبرعاً فإذا أقره المدين ونفذه بإرادته أصبح التزام مدني لا يمكن التحلل منه وهذا ما يؤدي بنا إلى معرفة حالات الالتزام الطبيعي وتمييزه عن القانون.

٣-٣-٥-٢ حالات الالتزام الطبيعي:-

النص القانوني: تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدني المصري على أنه "يقدر القاضي، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام ". ومن مقتضى هذا النص أنه في غير الحالات التي يتناول فيها المشرع الالتزام الطبيعي بنص صريح كنص المادة ١/٣٨٦ التي تقرر أنه (يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك

يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي) يترك أمر البــت فـــي وجــود الالتـــزام الطبيعي إلى تقدير القاضي، غير أن سلطة القاضي في التقدير ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود أشارت إليها المذكرة الإيضاحية للمـــشروع التمهيــدي للتقنـــين المدني بقولها (ويتعين على القاضي عند الفصل في أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولاً من قيام واجب أدبي، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقـــى (في وعي الفرد أو في وعي الجماعة) إلى مرتبـــة الالتـــزام الطبيعـــي، و أن يستوثق في النهاية من أن قراره على هذا الوجه، لا يتعارض مع النظام العام).

والقيود التي تشير إليها النظرية الحديثة للالتزام الطبيعي والتي أخــذ بهـــا المشرع المصري يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: وجود واجب خلقي محدد يرقي في وعي الجماعة إلى حد التعـــارف على وجوب الوفاء به إرضاءً للضمير والشرف وليس المقصود هنـــا ضـــمير القاضي أو شعور الفرد بل المقصود الضمير الجماعي للبيئة التي يعـــيش فيهـــا الفرد لأن المعيار هنا كما سبق أن ذكرنا عند بحث النظرية الحديثة في الالتزام الطبيعي معيار موضوعي وليس بذاتي.

ثانياً: عدم تعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام ، هذا ما أشارت إليـــه العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ من التقنين المدني المصري وليس هذا القيد في حاجة إلى تعليل لأن جميع الالتزامـــات يجـــب أن تخـــضع فـــي مـــشروعيتها لاعتبارات النظام العام والأمثلة على ذلك كثيرة نذكر منها: ما جاء في المـــادة ٧٣٩ / ٢ بخصوص دين المقامرة أو الرهان، من أنه (ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيـــه مـــا خسره ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك ولـــه أن يثبـــت مـــا أداه بجميـــع الطرق). وما جاء في المادة ١/٢٢٧ بشأن الاتفاق علي فوائد تزيد على الحـــد القانوني، من أنه (يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكـــان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخري تشترط فيها الفوائد، علـــى ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فإذا اتفقا علي فوائد تزيد على هذا الـــسعر وجب تخفيضها إلي سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدً علي هذا القـــدر). وظاهر من هاتين المادتين أن دين القمار أو الاتفاق على فوائد تزيد على الحـــد الأقصى القانوني لا يتخلف عنه التزام طبيعي . كذلك لا يتخلف التزام طبيعـــي عن التقادم في المسائل الجنائية وهو ما قررته محكمة النقض المـــصرية فـــي حكمها الصادر في ٢٤ مارس ١٩٥٥ وقد جاء فيه أن:

١- التقادم في المسائل الجنائية من النظام العام ذلك أنه يقوم على افتراض نسيان الحكم وأنه ليس من المصلحة إثارة ذكريات جريمة طواها النسيان فإذا انقضت مدته دون تنفيذ العقوبة المحكوم بها سقطت ولا يجوز قانوناً بعد ذلك تنفيذها، ويتعين على المحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه المحكوم عليه، ولا يغير من ذلك أن يكون قد تنازل عن التمسك بالتقادم أو قبل تنفيذ عقوبة الغرامة بعد سقوطها ما دام السقوط في هذه الحالة يعتبر من النظام العام وهو في هذا الخصوص يختلف عن التقادم في المسائل المدنية الذي لا بد من التمسك به من المدين حتى ينتج أثره.

٢- يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاماً طبيعياً أن لا يكون مخالفاً للنظام العام ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أي التزام طبيعي، وإذن فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعي لا يصح استرداده فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون.

٣-٣-٥-٣ تطبيقات لفكرة الالتزام الطبيعي:-

من شأن الأخذ بالنظرية الحديثة في الالتزام الطبيعي استحالة حصر جميع حالاته ولذا ترك المشرع المصري في المادة ٢٠٠ من القانون المدني للقاضي مهمة استخلاص وجود هذا الالتزام في الحالات التي تتوافر فيها عناصره ، من واجب خلقي محدد غير مخالف للنظام العام يرى الضمير الجماعي وجوب الوفاء به وسنعرض فيما يلي لبعض التطبيقات الشائعة في الموضوع .

٣-٣-٥-٣-١ واجب عدم الإضرار بالغير:-

تستند إلى هذا الواجب أحكام المسئولية التقصيرية التي نظمها المشرع في المادة ١٦٣ وما بعدها من التقنين المدني المصري غير أنه قد يحدث ألا تتوافر الشروط اللازمة لقيام هذه المسئولية ، كألا يتوافر في العمل وصف الخطأ بأن يكون الضرر نتيجة لنشاط عادي مشروع ، أو أن يكون الخطأ يسيراً جداً لا يوجب قيام هذه المسئولية أو أن يكون الفاعل غير مميز أو أن يكون الضرر غير مباشر وفي جميع هذه الحالات إذا قام الفاعل بتعويض المضرور استجابة لوازع من ضميره فلا يعد متبرعاً إذا كان الوعي الجماعي ينزل هذا العمل منزلة الوفاء بالتزام طبيعي .

٣-٣-٥-٣-٢ واجب عدم الإثراء علي حساب الغير:-

إذا كان المشرع يجعل من الإثراء بلا سبب مصدراً من مصادر الالتزامات المدنية إلا أنه يشترط لقيام الالتزام بالرد في هذه الحالة ألا يكون للإثراء سبب، والمقصود بالسبب هنا السند القانوني الذي يولد للمثري حقاً في الاحتفاظ بما أثري به ، فإذا وجد السبب بهذا المعنى وجد المبرر القانوني للإثراء ، ولكن توافر المبرر القانوني قد لا يمنع من تخلف المبرر الخلقي في بعض الحالات كما لو تضمن عقد من عقود المعاوضات غبناً فاحشاً واستحال الطعن فيه بالغبن لعدم توافر شروطه فإذا رأى المثري أن يرد للمغبون بعض ما أثري به إرضاءً لضميره فلا يعد متبرعاً بل مؤدياً لالتزام طبيعي عليه.

٣-٣-٥-٣-٣ واجب الوفاء بالعهد :-

يدخل في هذا الواجب جميع الالتزامات المدنية التي حال مانع قانوني دون قيامها أو دون بقائها ، كإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد أو انقضاء الدين باليمين الحاسمة عن غير حق أو لعجز الدائن عن إثباته وصدور حكم حائز لقوة الشئ المحكوم فيه أو انقضاء الدين بالتقادم أو انقضاء بعض الدين نتيجة التصالح مع المفلس وفي جميع هذه الحالات إذا كان الالتزام المدني قد انقضى إلا أن الالتزام الطبيعي بالوفاء يظل قائما يسنده واجب الوفاء بالعهد الذي يكمن في ضمير الجماعة .

٣-٣-٥-٣-٤ واجب الاعتراف بالجميل :-

الاعتراف بالجميل قاعدة خلقية تسند طائفة عدة من الالتزامات الطبيعية التي أقرها الفقه والقضاء ، ومن ذلك ، ما يشعر به الشخص نحو من أنقذه من تهلكة ، وما يحسه مخدوم نحو خادم تفانى في خدمته وما يختلج في ضمير مريض نحو طبيب غير مأجور بذل له من خالص عنايته. إلخ ، وفي جميع هذه الحالات يعتبر الوفاء بالجميل وما يصدر عنه من مجازاة صاحبه وفاءً بالتزام طبيعي ويطلق على مثل هذه الحالات اسم هبة المجازاة.

٣-٣-٥-٣-٥ واجب المساعدة:-

إذا كان الأصل أن واجب المساعدة لا يرقى إلى مرتبة الالتزام الطبيعي لأنه واجب غير محدود المعالم لا تضبطه روابط كما في حالة الإحسان إلى الفقير إلا أنه في بعض الحالات قد يصل هذا الواجب إلى درجة من التحديد والانضباط ما يمكن معه القول بوجود التزام طبيعي بالمساعدة .

٣-٣-٥-٤ آثار الالتزام الطبيعي:-

٣-٣-٥-٤-١ النصوص القانونية: -

تنص المادة ٢٠١ من التقنين المدني المصري على أنه (لا يسترد المدين ما أداه باختياره، قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً). وتقضي المادة ٢٠٢ بأن (الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني). وظاهر من هاتين المادتين أن المشرع المصري قصر آثار الالتزام الطبيعي على أمرين أولهما جواز الوفاء به وثانيهما أن الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لإنشاء التزام مدني وكلا الأمرين منوط بإرادة المدين لأنه لا قهر في الالتزام الطبيعي لفقدانه عنصر المسئولية.

٣-٣-٥-٤-٢ الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي :-

يعتبر أداء الالتزام الطبيعي وفاءً بدين مستحق لا تبرعاً ويترتب على اعتباره أداءً أن هذا الأداء لا يخضع لأحكام التبرعات من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، فلا يشترط شكل خاص لإتمام هذا الأداء ويكتفي فيه بأهلية الوفاء دون أهلية التبرع ولا تسري عليه أحكام الهبات فلا يجوز الرجوع فيه أي لا يجوز للمدين استرداد ما وفاه.

وإذا كان الأصل أن يأخذ أداء الالتزام الطبيعي حكم الوفاء مع ما يستتبع ذلك من كافة الآثار السالفة الذكر إلا أنه يشترط لذلك شرطان :

الأول: أن تكون إرادة المدين سليمة من كل عيب لأنه إذا اعتقد المدين نتيجة غلط أو تدليس أنه يؤدي التزاماً مدنياً أو أنه من الجائز التنفيذ الإجباري في الالتزام الطبيعي أو كان قد أكره على الوفاء مع علمه بعدم لزومه قانوناً كان له إبطال الوفاء واسترداد ما أدى بدعوى دفع غير المستحق.

الثاني: أن يكون المدين قد قصد الوفاء بالتزاماً طبيعياً عليه لا التبرع بما أدى أي أن يكون الواجب الخلقي الذي يسند الالتزام الطبيعي في وعي الجماعة قد بلغ هذا الشأن في وعي المدين كذلك فإن تخلف هذا الشرط بأن لم يبلغ الواجب الخلقي في وعي المدين حد الالتزام الطبيعي رغم بلوغه ذلك في وعي الجماعة كان عمل المدين تبرعاً. وهنا يظهر الفرق بين الوعي الجماعي والوعي الشخصي فالوعي الجماعي يعتد به لقيام الالتزام الطبيعي أما الوعي الشخصي للمدين فيعتد به لكي يأخذ الأداء صفة الوفاء بدين مستحق .

٣-٣-٥-٤-٣ صلاحية الالتزام الطبيعي لأن يكون سبباً لإنشاء التزام مدني :-

قد يرغب المدين في الوفاء بالتزام طبيعي عليه دون أن يكون قادراً علـى ذلك في الحال ، وبصدور هذا التعهد ينشأ التزام مدني في ذمته يكون الالتـزام الطبيعي سبباً له. وقد كان فريق من الشراح يفسرون هذه الظاهرة على أســاس فكرة التجديد بتغيير الدين.

باعتبار أن المدين والدائن قد اتفقا على استبدال التزام مدني بالتزام طبيعي، غاية الأمر أن هذا التعهد قد زاده قوة بأن أضفى عليه عنصر المسئولية الـذي كان ينقصه.

وقد تنبه المشرع المصري في التقنين المدني الجديد إلى هـذا الاعتـراض فتخير تصوراً ضمنه المادة ٢٠٢ التي تنص على أن (الالتزام الطبيعي يـصلح سبباً لالتزام مدني). ويمكن أن يقال في تفسير هذا الـنص أن التعهـد بالوفـاء يكتسب قيمته من ذات نفسه وبمجرد صدوره فيلزم صاحبه مدنياً ، غاية الأمـر أن هذا التعهد يفقد أثره القانوني إذا اعتبر تبرعاً لعدم توافر عنصر الشكلية فيه على حين أنه لا يفقد هذا الأثر إذا كان من قبيل المعاوضات أي إذا كـان لـه مقابل وهذا هو الدور الذي يقوم به الالتزام الطبيعي في هذه الحالة وهو المقابل للالتزام المدني الذي ينشأ بالتعهد ولذا لا تنصرف إليه أحكام التبرعات ما تعلق منها بالشكل أو الموضوع .

والتعهد بوفاء الالتزام الطبيعي وما يترتب عليه من نشوء الالتزام المـدني يتم بإرادة المدين وحدها ولذا يجب التثبت من أن هذه الإرادة قد اتجهت حقيقـة إلى إحداث هذه النتيجة وعلى ذلك لا ينشأ الالتزام المدني إذا اقتصر المدين على مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي في ذمته لأن هذا الاعتراف لا يدل علـى قصد الوفاء به وهو القصد الذي يستند إليه نشوء الالتزام المدني .

واستخلاص هذا القصد يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع أما وجوب توافره فيعتبر من مسائل القانون التـي تخـضع لرقابـة محكمة النقض المصرية .

والتعهد بوفاء الالتزام الطبيعي وما يترتب عليه من نشوء الالتزام المـدني يتم كما سبق أن ذكرنا بإرادة المدين وحدها دون حاجة إلى قبول الـدائن ولـذا يكون لدائني هذا الأخير أن يوقعوا حجزاً تحت يد المدين بمجرد صدور التعهـد بغير حاجة لانتظار قبول الدائن .

٣-٣-٥-٤-٤ ما لا يترتب من آثار علي الالتزام الطبيعي : -

كان القانون الروماني يتوسع في آثار الالتزام الطبيعي فيجيز المقاصة بينه وبين التزام مدني كما كان يجيز كفالته أو ترتيب رهن لضمان الوفاء به. أما التشريعات الحديثة ومنها التقنين المدني المصري فتقصر عادة آثار الالتزام الطبيعي على ما يرتبه وجود عنصر المديونية من جواز الوفاء اختيارياً بهذا الالتزام وجواز التعهد بالوفاء به على ما سبق أن رأينا أما غير ذلك من آثار مما لا يتصور وجوده إلا مع توافر عنصر المسئولية فتستبعده هذه التشريعات لفقدان الالتزام الطبيعي لهذا العنصر اللازم لقهر المدين على الوفاء وينبني علي ذلك النتائج الآتية :

أولاً : لا يجوز لمن كان دائناً بالتزام طبيعي ومديناً بالتزام مدني أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين الالتزامين لأن المقاصة نوع من الوفاء القهري غير المباشر ولا قهر في الوفاء بالتزام طبيعي سواء كان ذلك بطريق مباشر أم غير مباشر. أما المقاصة الاختيارية فجائزة لأنها لا تتضمن قهراً على الوفاء بالالتزام الطبيعي ومن صورتها أن يكون الشخص مديناً بالتزام طبيعي ودائناً بالتزام مدني فيتمسك بالمقاصة فينقضي الدينان من وقت تمسكه بها .

ثانياً : لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية لأن الكفالة تتضمن التزام الكفيل التزاماً مدنياً ، ولا يقبل عقلاً أن يكون الالتزام التابع أفعل أثراً وأقوى شأناً من الالتزام الأصيل. والمجال الهندسي الفسيح في تعاملاته والمتشعب في علاقاته بالمهن المختلفة والقوانين العديدة يتوجب أن يسوده بخلاف النص القانوني أخلاقيات المهن واحترامها والالتزام الطبيعي وتقدير وجوده والعمل به ويرجع ذلك إلى أن علاقات العمل وعلاقات التعامل في المجال الهندسي وأعمال المقاولات قد يستحال تنفيذ وتطبيق القانون عليها وهو ما يؤدي إلى ضرورة وجوب العمل في إطار أخلاقيات المهنة والالتزامات الطبيعية لإنجاح هذا العمل والوصول به إلى الهدف المنشود منه دون ثمة أضرار أو مخاطر تفسد هذا العمل أو تؤدي إلى توقفه أو الخسارة فيه أو استحالة تنفيذه إذا اعتمد على النصوص القانونية فقط . كذلك المستفاد من تلك المداخلة الربط بين القانون الواجب العمل به في المجالات الهندسية وأعمال المقاولات وبين وجوب احترام أخلاقيات المهنة والالتزام الطبيعي كأساس منطقي يجب على المهندس والمقاول المهندس أن يستفيض في دراسة الواجب التطبيق عملياً في مجالات الممارسة الفعلية لعمل المهندس والمقاول.

٣-٤ نطاق تطبيق القانون:-

يتحدد هذا النطاق أولاً : من حيث المكان وذلك لتبيان الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين الدولة الأخرى. وثانياً : من حيث الزمان وذلك لتحديد الزمن الذي تسرى فيه.

أولاً : سريان القانون من حيث المكان (مبدأ إقليمية القوانين):-

معنى ذلك بأن القانون يطبق على كل إقليم في الدولة وعلى المقيمين فوق أرض الإقليم.

وأن القانون الوطني لا يسري خارج هذا الإقليم أو على أفراد يقيمون خارج هذا الإقليم.

ثانياً : سريان القانون من حيث الزمان :

يحكم سريان القانون من حيث الزمان مبدأين:-

الأول: مبدأ الأثر الفوري للقانون.

الثاني: مبدأ عدم رجعية القانون.

الأثر الفوري للقانون: -

يعتبر التشريع بمجرد صدوره نافذاً، ويعني ذلك وجوب تطبيق القانون على الوقائع اللاحقة على نفاذه، فإذا كان القانون الجديد لا يطبق تطبيقاً رجعياً على الوقائع السابقة على العمل به فإنه يطبق تطبيقاً فورياً على الوقائع اللاحقة عليه.

وتطبيق هذا المبدأ ليس مطلقاً فيوجد استثناء على ذلك، خاص بالمراكز القانونية التي أبرمت في ظل القانون القديم واستمرت تنتج آثارها في وقت صدور القانون الجديد.

مبدأ عدم رجعية القوانين: -

يعني ذلك أن أحكام القوانين لا تسري إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا تسري على ما وقع قبلها. ولقد أخذ المشرع الكويتي بهذا المبدأ حيث نص على ذلك في المادة ١٧٩ من الدستور الكويتي التي تنص على أنه:- (لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثراً فيما وقع قبلها) ولقد أخذ المشرع المصري بذلك أيضاً ونص على ذلك في المادة ١٨٧ من الدستور المصري.

الاستثناءات الواردة على ذلك المبدأ :

لا يطبق هذا المبدأ على إطلاقه فيرد عليه استثناءان هما:-

١- فيما يتعلق بالقوانين غير الجزائية التي أجاز الدستور للمشرع تطبيقها تطبيقاً رجعياً وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.

٢- يتعلق بالقوانين الأصلح للمتهم ولقد نصت المادة ١٥ من قانون الجزاء الكويتي على ذلك بقولها إذا صدر بعد ارتكاب الفعل وقبل أن يحكم نهائياً، قانون أصلح للمتهم وجب تطبيق ذلك القانون دون غيره ومع ذلك إذا صدر بعد الحكم النهائي قانون يجعل الفعل غير معاقب عليه إطلاقاً، وجب تطبيق هذا القانون واعتبار الحكم كأن لم يكن.

الفصل الرابع

أخلاقيات ممارسة المهنة

محتويات الفصل

٤- ١ الأخلاق الإسلامية وتأثيرها في عمل المهندس.

٤-٢ القواعد القانونية وأخلاق المهنة.

٤-٣ تعريب أخلاقيات المهنة المقترحة من جمعية المهندسين الأمريكية.

مقدمة:-

مما لا شك فيه أن قواعد الأخلاق عموماً هي عبارة عن مجموعة القواعد التي تحض على الخصال الحميدة والمثل العليا ومثالها قول الصدق ومساعدة الفقير وإغاثة الملهوف وحب الإنسان لغيره ما يحب لنفسه ويترتب على مخالفتها تأنيب الضمير ولوم أفراد المجتمع.

أما قواعد الأخلاق المهنية فهي مجموعة القواعد التي تحدد الواجبات المهنية حيث تقوم بتحديد السلوك الذي يجب على المهني التزامه في ممارسته لأعمال مهنته.

وتبدو أهمية قواعد أخلاقيات المهنة في إيجاد التوازن المطلوب في العلاقة بين المهني وعملائه من ناحية كما تبدو في قيام قواعدها بإرشاد المهني إلى الحلول واجبة الإتباع فيما يعترضه من مشاكل أثناء قيامه بأعمال مهنته.

أما النظام القانوني في أي مجتمع من المجتمعات فيقوم على مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين أفراده ومؤسساته والتي تتميز بالعمومية والتجريد وتتمتع بقوة الإلزام.

وقد يذهب البعض من الفقهاء إلى أن قواعد القانون قد تغني عن قواعد أخلاقيات المهنة في إلزام كل مهني بالمحافظة على مصالح عملائه ومصالح المجتمع أيضا بحيث يؤدي إضرار المهني بهذه المصالح أو تلك إلى تعرضه للمسئولية المدنية وربما المسئولية الجنائية كذلك (قواعد أخلاقيات المهنة د . جابر محجوب على ص ٣٤٧).

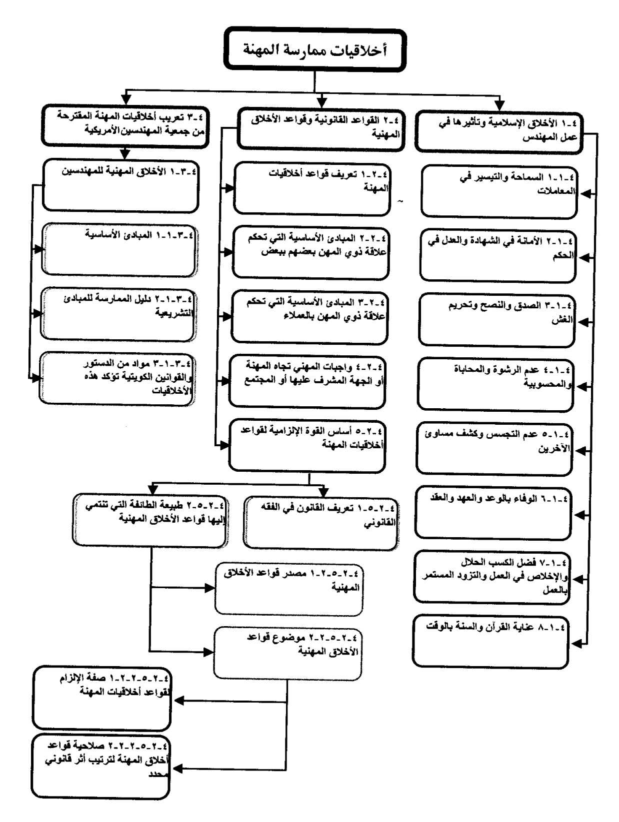
لكن ليس هناك ما يمنع من أن تتضافر قواعد أخلاقيات المهنة مع قواعد القانون العام في القيام بتنظيم تلك العلاقات ومع ذلك يظل لقواعد الأخلاق المهنية أهميتها من زاوية إحساس المهني بها وإدراكه لها الذي يفوق إدراكه لقواعد القانون.

من ناحية أخرى تبدو قواعد الدين أوسع دائرة من قواعد الأخلاق ومن قواعد القانون ذلك لأنها تشمل علاقة الإنسان بربه أولاً كما في العبادات (الصلاة والصيام والزكاة) كما تشمل علاقة الإنسان بغيره كما في مسائل الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق) والمعاملات المالية (كالبيع والإيجار) فضلاً عن قواعد الأخلاق (كقول الصدق والبر بالفقراء).

وقد تصبح قواعد الدين جزءاً من القانون إذا تناولها المشرع بالتنظيم كما في كثير من مسائل الأحوال الشخصية وتختلف قواعد الدين عن قواعد القانون في أن الجزاء في الأولي غالباً ما يكون مؤجلاً يوقعه الله عز وجل يوم القيامة بينما الجزاء في الثانية عاجل توقعه الدولة بواسطة المحاكم فيها.

ونستعرض الأخلاق الإسلامية والأخلاق المهنية في هذا الفصل:-

ويوضح الشكل التخطيطي (٤-١) التالي: الأخلاقيات الإسلامية وأخلاقيات المهنة والقانون.



أخلاقيات ممارسة المهنة
٤-١ الأخلاق الإسلامية وتأثيرها في عمل المهندس
٤-١-١ السماحة والتيسير في المعاملات
٤-١-٢ الأمانة في الشهادة والعدل في الحكم
٤-١-٣ الصدق والنصح وتحريم الغش
٤-١-٤ عدم الرشوة والمحاباة والمحسوبية
٤-١-٥ عدم التجسس وكشف مساوئ الآخرين
٤-١-٦ الوفاء بالوعد والعهد والعقد
٤-١-٧ فضل الكسب الحلال والإخلاص في العمل والتزود المستمر بالعمل
٤-١-٨ عناية القرآن والسنة بالوقت
٤-٢ القواعد القانونية وقواعد الأخلاق المهنية
٤-٢-١ تعريف قواعد أخلاقيات المهنة
٤-٢-٢ المبادئ الأساسية التي تحكم علاقة ذوي المهن بعضهم ببعض
٤-٢-٣ المبادئ الأساسية التي تحكم علاقة ذوي المهن بالعملاء
٤-٢-٤ واجبات المهني تجاه المهنة أو الجهة المشرف عليها أو المجتمع
٤-٢-٥ أساس القوة الإلزامية لقواعد أخلاقيات المهنة
٤-٢-٥-١ تعريف القانون في الفقه القانوني
٤-٢-٥-٢ طبيعة الطائفة التي تنتمي إليها قواعد الأخلاق المهنية
٤-٢-٥-٢-١ مصدر قواعد الأخلاق المهنية
٤-٢-٥-٢-٢ موضوع قواعد الأخلاق المهنية
٤-٢-٥-٢-٢-١ صفة الإلزام لقواعد أخلاقيات المهنة
٤-٢-٥-٢-٢-٢ صلاحية قواعد أخلاق المهنة لترتيب أثر قانوني محدد
٤-٣ تعريب أخلاقيات المهنة المقترحة من جمعية المهندسين الأمريكية
٤-٣-١ الأخلاق المهنية للمهندسين
٤-٣-١-١ المبادئ الأساسية
٤-٣-١-٢ دليل الممارسة للمبادئ التشريعية
٤-٣-١-٣ مواد من الدستور والقوانين الكويتية تؤكد هذه الأخلاقيات

شكل (٤-١)

٤-١ الأخلاق الإسلامية وتأثيرها في عمل المهندس:-

لقد حدد رسول الإسلام ﷺ الغاية الأولى من بعثته، و المنهاج الواضح في دعوته بقوله:"إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق ".(صحيح رواه أحمد وصححه الألباني وبن عبدالبر).

قال أيضاً " الخلق الحسن يذيب الخطايا كما يذيب الماء الجليد ، و الخلق السيئ يفسد كما يفسد الخل العسل " (رواه البيهقي وذكره الغزالي في خلق المسلم).

وقد سئل ﷺ "ما خير ما أعطى الإنسان ؟ قال خلق حسن" رواه ابن حبان، فالمسلم مكلف بأن يلقي أهل الأرض قاطبة بفضائل لا ترقى إليها شبهة، فالصدق واجب مع المسلم وغيره ، و السماحة و المروءة و الوفاء والتعاون والكرم....الخ.

إن الخلق في منابع الإسلام الأولى- من كتاب وسنه - هو الدين كله ، وللأخلاق الإسلامية مجالها وعملها في شئون إدارة العقود الهندسية كسائر المعاملات في المجتمع الإسلامي، الإسلام الذي لا يعرف الانقسام بين العبادات والمعاملات ومن يتدبر الإسلام في آيات كتابه وسنة نبيه، يجد أنه في جوهره رسالة أخلاقية، والإسلام حث بقوة على الفضائل، وحذر بقوة من الرذائل ، ورتب على ذلك أعظم مراتب الجزاء، ثواباً وعقاباً، في الدنيا والآخرة.

وعنى الإسلام بالأخلاق عناية بالغة حتى أن الله تعالي حين أثنى على الرسول ﷺ لم يجد أبلغ ولا أرفع من قوله﴿ وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ ﴿٤﴾ ﴾ [القلم:٤] وقال: ﴿ لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا ﴿٢١﴾ ﴾ [الأحزاب:٢١].

من هنا يجب أن يتوخى المهندس بصفة خاصة و مديرو العقود بصفة عامة الالتزام بمكارم الأخلاق و تعاليمها، ويحذر من سفافها.

يقول الرسول الكريم ﷺ " إن الله تعالي يحب تعالي الأمور، وأشرافها، ويكره سفافها" رواة الطبراني عن الحسين بن على (نفسه ١٨٩٠) .

ومكارم الأخلاق فيها صلاح الدين والدنيا والآخرة، التي جمعها دعاؤه ﷺ اللَّهُمَّ أصلح لي ديني الذي هو عصمة أمري، وأصلح لي دنياي التي فيها

معاشي، وأصلح لي آخرتي التي إليها معادي، واجعل الحياة زيادة لي في كل خير، واجعل الموت راحة لي من كل شر(رَواهُ مسلم عن أبي هُريرة،برقم ٢٧٢٠) وقال (أكمل المؤمنين إيمانًا أحسنهم خلقًا) حسن رواه الطبراني في الأوسط وانظر صحيح الجامع ١٢٤٢ " ، وقال (الرجل ليدرك بحسن خلقه درجات قائم الليل، صائم النهار) :" صحيح رواه أحمد والحاكم في المستدرك وانظر صحيح الجامع (١٦١٧)" ، وابن حبان (الإحسان ٤٨٠١)، وَالحَاكِمُ (١/٦٠) كلهم عن عائشة .أثقل شيء في ميزان المؤمن (يعني يوم القيامة) خلق حسن، إن الله يبغض الفاحش المتفحش البذيء (البُخَاريُّ في الأدب المفرد والتِّرمذيُّ وابن حبَّان والبيهقيُّ عن أبي الدرداء، كما في صحيح الجامع (١٣٥).

و فيما يلي اخترنا بعض الأخلاق الإسلامية التي يجب على المهندس التخلق بها في أثناء تأديته لمهام عمله .

٤-١-١ السماحة والتيسير في المعاملات:-

من قيم الإسلام العظيمة:السماحة والتيسير في المعاملات ، والبعد عن المضايقة والمشاحنة والتعسير فعن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال:- (رحم الله عبداً سمحاً إذا باع، سمحاً إذا اشترى، سمحاً إذا اقتضى "أي طالب بالحق")(كتاب البيوع باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع) رواه البخاري وابن ماجه واللفظ له، وعن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ- قال:"أفضل المؤمنين رجل سمح البيع، سمح الشراء، سمح القضاء، سمح الاقتضاء" (قال المنذري:رواه الطبراني في الأوسط، ورواته ثقات "المنتقى:٩٧٨")، وكذا قال الهيثمي:٤/٧٥ وعن أبي هريرة:أن رجلا أتى النبي - ﷺ - يتقاضاه، أغلظ له (أي للنبي) فهم به أصحابه، فقال رسول الله ﷺ :"دعوه، فإن لصاحب الحق مقالاً"، ثم قال:"أعطوه سناً مثل سنه" (أي من الإبل) قالوا:يا رسول الله، لا نجد إلا أمثل من سنه، قال:"أعطوه، فإن خيركم أحسنكم قضاء" (رواه مسلم، والترمذي مختصراً ومطولاً، والنسائي، ورواه ابن ماجه مختصراً (المنتقى:٩٨٠).

ومن السماحة:إنظار المدين المعسر، وإعطاؤه فرصة أو أكثر، حتى يرتب أموره، ويقدر على الوفاء بالتزامه، فلقد قال تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾ ﴾ [البقرة:٢٨٠]. ومعنى "تصدقوا":تنازلوا عن بعض الدين أو كله.

وصحت الأحاديث باعتبار هذا الإنظار من أجل القربات إلي الله، وتـدخل صاحبها فيمن يظلهم الله في ظله يوم لا ظـل إلا ظلـه. فعـن أبـي اليـسر قال:أبصرت عيناي هاتان – ووضع إصبعيه على عينيه – وسمعت أذناي هاتان – ووضع إصبعيه في أذنيه – ووعاه قلبي هذا – وأشار إلي نياط قلبه – رسول الله ﷺ يقول:"من أنظر معسراً أو وضع له (تنازل له عن جزء من الدين) أظله الله في ظله" (رواه مسلم في صحيحه) هذا إن كان المهندس هو صاحب الحـق أما إذا كان وكيلاً عن صاحب الحق فلا يجوز أن يتسامح في هذا الحق إلا بإذن من صاحب الحق.

٤-١-٢ الأمانة في الشهادة والعدل في الحكم :-

الإسلام يطلب من معتنقه أن يكون ذا ضمير يقظ ، يحفظ به حقـوق الله و حقوق الناس ، وتصان به الأعمال من دواعي التفريط والإهمـال ، ومـن ثـم أوجب على المسلم أن يكون أميناً،والأمانة في نظر الشارع واسعة الدلالة ، وهي ترمز إلي معان شتى ، مناطها جميعاً شعور المرء بتبعته في كل أمـر يوكـل إليه ، وإدراكه الجازم بأنه مسئول عنه أمام ربه،ولما كانت السعادة القصوى أن يتوقى الإنسان شقاء العيش في الدنيا وسوء المنقلب في الآخرة ، فإن رسول الله ﷺ جمع في استعاذته بين الحالين معاً إذ قال:(اللهم إني أعوذ بك من الجوع فإنه بئس الضجيع وأعوذ بك من الخيانة فإنها بئس البطانة) رواه أبو داود، ومـن معاني الأمانة وضع كل شيء في المكان الجدير به واللائق لـه ، فـلا يـسند منصب إلا لصاحبه المناسب له ، ولا تملأ وظيفة إلا بالرجل الذي ترفعه كفايته إليها. واعتبار الولايات العامة والأعمال أمانات فالكفاية العلمية والعملية ليـست ملازمة لصلاح النفس ، فقد يكون الرجل سيء السيرة ، حسن الإيمان ولكنه لا يحمل من المؤهلات المنشودة ما يجعله منتجاً في وظيفة معينـه، ألا تـرى أن يوسف الصديق ، لم يرشح نفسه لإدارة شئون المال بنبوته وتقواه فحسب ، بـل بحفظـه وعلمـه أيـضاً، ﴿قَالَ ٱجۡعَلۡنِي عَلَىٰ خَزَآئِنِ ٱلۡأَرۡضِۖ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٞ ۝٥٥﴾ [يوسف:٥٥].

ومن معاني الأمانة أن يحرص المرء على أداء واجبه كاملاً فـي العمـل الذي يناط به، وأن يستنفذ جهده في إبلاغه كاملاً ، ومـن الأمانـة ألا يـستغل الرجل منصبه الذي عين فيه ، لجر منفعة إلي شخصه أو قرابته ، فإن التـشبع من المال العام جريمة، و المعروف أن الحكومات والشركات تمـنح موظفيهـا

أجوراً معينة ، فمحاولة التزيد عليها بالطرق الملتوية هي اكتساب للسحت ، قال رسول الله (ﷺ)"هدايا العمال غلول" (رواه الامام أحمد وقال بثبوته الألباني الأرواء ٢٦٢)، وقال تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَغُلَّ ۚ وَمَن يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ۚ ثُمَّ تُوَفَّىٰ كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ ﴿١٦١﴾ ﴾ [آل عمران:١٦١] .

أما الذي يلتزم حدود الله في وظيفته ، ويأنف من خيانة الواجب الذي طوقه فهو عند الله من المجاهدين لنصرة دينه وإعلاء كلمته ، وحدث أن استعمل رسول الله ﷺ رجلاً من الأزد يقال له:ابن اللتبية، على الصدقة ، فلما قدم- قال- هذا لكم: وهذا أهدى إلي ! قال راوي الحديث:فقام رسول الله ﷺ فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال: "أما بعد فإني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله فيأتي فيقول هذا لكم ، وهذا هدية أهديت إلي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته إن كان صادقاً ؟ ، و الله لا يأخذ أحد منكم شيئاً بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة ، فلا أعرفن أحد منكم يحمل بعيراً له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أوشاة تبعر ، ثم رفع يديه حتى رؤى بياض إبطه يقول اللهم هل بلغت " رواه مسلم في الامارة ١٨٣٢ والبخاري في الهبة ٢٥٩٧.

والعدل في الإسلام ليس مبدءاً ثانوياً، بل هو أصل أصيل، وأساس متين يدخل في تعاليم الإسلام وأحكامه كلها وعقائده وشرائعه وأخلاقه، وحين أمر الله بثلاثة أشياء كان العدل أولها، قال الله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ ﴾ [النحل:٩٠]، وحين أمر بشيئين كان العدل أحدهما:قال تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ ﴾ [النساء:٥٨]. وحين أمر بشيء واحد كان هو العدل. قال تعالى: ﴿ قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ ﴾ [الأعراف:٢٩].

ومما يدل على عناية الإسلام بالعدل: حظره للظلم، وتأكيد نهيه عنه، وتشديد الحملة على الظالمين ، ووعيدهم بأشد أنواع العذاب في الدنيا والآخرة وحسبك أن تقرأ في القرآن مثل هذه الآيات وهي قليل من كثير:

﴿ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾ [الشورى:٤٠] ، ﴿ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿٢٥٨﴾ ﴾ [البقرة:٢٥٨].

﴿إِنَّهُۥ لَا يُفْلِحُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢١﴾﴾ [الأنعام:٢١] ، ﴿وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا ﴿١١١﴾﴾ [طه:١١١].

﴿وَتِلْكَ ٱلْقُرَىٰٓ أَهْلَكْنَٰهُمْ لَمَّا ظَلَمُوا۟ وَجَعَلْنَا لِمَهْلِكِهِم مَّوْعِدًا ﴿٥٩﴾﴾ [الكهف:٥٩].

﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةًۢ بِمَا ظَلَمُوٓا۟﴾ [النمل:٥٢].

﴿قَالَ أَمَّا مَن ظَلَمَ فَسَوْفَ نُعَذِّبُهُۥ ثُمَّ يُرَدُّ إِلَىٰ رَبِّهِۦ فَيُعَذِّبُهُۥ عَذَابًا نُّكْرًا ﴿٨٧﴾﴾ [الكهف:٨٧].

﴿وَكَذَٰلِكَ أَخْذُ رَبِّكَ إِذَآ أَخَذَ ٱلْقُرَىٰ وَهِىَ ظَٰلِمَةٌ ۚ إِنَّ أَخْذَهُۥٓ أَلِيمٌ شَدِيدٌ ﴿١٠٢﴾﴾ [هود:١٠٢].

﴿وَلَا تَرْكَنُوٓا۟ إِلَى ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا۟ فَتَمَسَّكُمُ ٱلنَّارُ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ مِنْ أَوْلِيَآءَ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ ﴿١١٣﴾﴾ [هود:١١٣].

ومما جاء به القرآن: أن الله قد يبقي الدول والأمم مع الكفر، ويؤجل حسابها للآخرة، ولكنه لا يبقيها مع الظلم والبغي في الأرض. وفي هذا يقول تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ لِيُهْلِكَ ٱلْقُرَىٰ بِظُلْمٍ وَأَهْلُهَا مُصْلِحُونَ ﴿١١٧﴾﴾ [هود:١١٧].

والمعنى: أنه تعالى لا يهلك أهل القرى بمجرد كونهم مشركين إذا كانوا مصلحين في المعاملات فيما بينهم، والحاصل أن عذاب الاستئصال لا يتنزل بسبب اعتناق القوم للشرك والكفر، بل يتنزل ذلك العذاب إذا أساءوا في المعاملات وسعوا في الإيذاء والظلم ، قال تعالى: ﴿وَٱلسَّمَآءَ رَفَعَهَا وَوَضَعَ ٱلْمِيزَانَ ﴿٧﴾ أَلَّا تَطْغَوْا۟ فِى ٱلْمِيزَانِ ﴿٨﴾ وَأَقِيمُوا۟ ٱلْوَزْنَ بِٱلْقِسْطِ وَلَا تُخْسِرُوا۟ ٱلْمِيزَانَ ﴿٩﴾﴾ [الرحمن:٧-٩].

وليس ثمة تنويه بقيمة القسط أو العدل أعظم من أن يكون هو المقصود الأول من إرسال الله تعالى رسله، وإنزاله كتبه.

والمراد بالعدل: أن يعطى كل ذي حق حقه، سواء أكان ذو الحق فرداً أم جماعة أم شيئاً من الأشياء، أم معنى من المعاني، بلا زيادة أو نقصان، فلا يبخس حقه، ولا يجور على حق غيره.

ويأمر الإسلام بالعدل مع الناس كل الناس: عدل المسلم مع من يحب، وعدل المسلم مع من يكره، لا تدفعه عاطفة الحب إلى المحاباة بالباطل، ولا تمنعه عاطفة الكره من الإنصاف وإعطاء الحق لمن يستحق، يقول تعالى في العدل مع من نحب: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَوِ ٱلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ ﴾ [النساء:١٣٥]. ويقول سبحانه في العدل مع من نعادي: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِۖ وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعۡدِلُواْۚ ٱعۡدِلُواْ هُوَ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرُۢ بِمَا تَعۡمَلُونَ ﴿٨﴾ ﴾[المائدة:٨]. يأمر الإسلام بالعدل في القول، فلا يخرجه الغضب عن قول الحق، ولا يدخله الرضا في قول الباطل، يقول تعالي: ﴿وَإِذَا قُلۡتُمۡ فَٱعۡدِلُواْ وَلَوۡ كَانَ ذَا قُرۡبَىٰ ﴾[الأنعام:١٥٢] . ويأمر بالعدل في الشهادة، فلا يشهد إلا بما علم، ولا يزيد ولا ينقص، ولا يحرف، ولا يبدّل، قال تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٍ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ ﴾[الطلاق:٢] ﴿كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِ ﴾ [المائدة:٨]. ويأمر الإسلام بالعدل في الحكم، كما قال تعالى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ ﴾[النساء:٥٨]. وقد استفاضت الأحاديث في فضل "الإمام العادل" فهو أحد السبعة الذين يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله، وأحد الثلاثة الذين لا ترد لهم دعوه.

وبقدر ما أمر الإسلام بالعدل وحث عليه، حرم الظلم أشد التحريم، يقول الرسول لمعاذ:"واتق دعوة المظلوم، فليس بينها وبين الله حجاب" (متفق عليه من حديث ابن عباس).. وقال:"دعوة المظلوم يرفعها الله فوق الغمام، ويفتح لها أبواب السماء ويقول الرب:وعزتي لأنصرنك ولو بعد حين" (رواه أحمد والترمذي وحسنه من حديث خزيمة بن ثابت).

٤-١-٣ الصدق والنصح و تحريم الغش:-

إن الله خلق السموات والأرض بالحق ، وطلب إلى الناس أن يبنوا حياتهم على الحق ، فلا يقولون إلا حقاً ولا يعملون إلا حقاً. قال رسول الله (ﷺ) "إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث " البخاري. و قال: دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ، فإن الصدق طمأنينة ، و الكذب ريبة " رواه الترمذي.

و قد نعى القرآن على أقوام جريهم وراء الظنون التـي مـلأت عقـولهم بالخرافات ، وأفسدت حاضرهم ومستقبلهم بالأكاذيب فقال: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ وَمَا تَهْوَى ٱلْأَنفُسُ ۖ وَلَقَدْ جَآءَهُم مِّن رَّبِّهِمُ ٱلْهُدَىٰٓ ﴿٢٣﴾﴾ [النجم:٢٣] و قال تعالى: ﴿وَمَا لَهُم بِهِۦ مِنْ عِلْمٍ ۖ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ ۖ وَإِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِى مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔا ﴿٢٨﴾﴾ [النجم:٢٨].

قال رسول الله (ﷺ) "يطبع المؤمن على الخلال كلها إلا الخيانة و الكـذب " (رواه أحمد) وكلما اتسع نطاق الضرر إثر كذبه يشيعها أفاك جرئ كان الوزر عند الله أعظم ، وكذلك المهندس الذي يعطى الناس صوراً غير صحيحة عـن المسائل التي يعهد إليه بها .

والغش والخداع والتضليل والتغرير والتزييف ، والتمويه .. الخ كلها ألفاظ تفيد معاني متقاربة تصلح أن تصب في قالب واحد يسمي (الضلال)، لأن هـذه الأشياء كلها انحراف عن الحق وإسقاط له، وما ليس حقاً فهو باطـل وضـلال (فماذا بعد الحق إلا الضلال؟) لذلك قال ﷺ الدين النصيحة..قلنا:لمن ؟ قـال:لله ولكتابه ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم .رَواهُ مسلم .فالنصيحة لله:إخـلاص العبد العمل له،والنصيحة لرسوله:أن يصفو قلب المؤمن في قبول دعوة النبـوة ولا يضمر خلافها ، والنصيحة للمسلمين: أن يحب لهم ما يحب لنفسه ويكره لهم ما يكرهه لها، وهذا هو الصدق في الإيمان، فإذا غش وخدع وضلل فهو لـيس مسلماً على وجه صحيح سليم، ولذلك قال ﷺ من حمل علينا السلاح فليس منـا ومن غشنا فليس منا). رَواهُ مسلم .

ومن ذلك قوله ﷺ (لا تناجشوا) و التناجش هو أن يزيد إنسان فـي ثمـن البضاعة وهو لا يريد شراءها، إنما يريد أن يغلي الثمن لصالح البـائع باتفـاق معه، وهذا نوع من الغش والخداع والتضليل حرمه الله .ومنه أيضاً قوله:(أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها:إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر "أي لم يقف عند حدود الله بل اشتط وفسق رواهُ البُخاريُّ ومسلم وأبو داود والتِرمذيُّ والنسائيُّ ".وعن عائشة – رَضيَ الله عنها – قالت سمعت رسول الله ﷺ في بيتي يقول هذا: (اللَّهُمَّ من ولى من أمر أمتي شيئًا فشق علـيهم فأشـقق عليه، ومن ولي من أمر أمتي شيئًا فرفق بهم فأرفق به) " رَواهُ مسلم " .وعن معقل بن يسار – رَضيَ الله عنه – عن النبي ﷺ قال: ما من عبد يسترعيه الله رعية.يموت يوم يموت غاش لرعيته إلا حرم الله عليـه الجنـة.(رَواهُ مـسلم

بـــرقم ١٢٤). ﴿وَيۡلٞ لِّلۡمُطَفِّفِينَ ۝١ ٱلَّذِينَ إِذَا ٱكۡتَالُواْ عَلَى ٱلنَّاسِ يَسۡتَوۡفُونَ ۝٢ وَإِذَا كَالُوهُمۡ أَو وَّزَنُوهُمۡ يُخۡسِرُونَ ۝٣ أَلَا يَظُنُّ أُوْلَٰٓئِكَ أَنَّهُم مَّبۡعُوثُونَ ۝٤ لِيَوۡمٍ عَظِيمٖ ۝٥ يَوۡمَ يَقُومُ ٱلنَّاسُ لِرَبِّ ٱلۡعَٰلَمِينَ ۝٦﴾ [المطفّفين:١-٦].

هذه الآيات و الأحاديث وأمثالها تنطبق على كل من يتولى أمـــر غيـــره ، والمهندس في أي مرفق من المرافق العامة، هو المسئول عن المصنع وعماله. فأعمال المهندس في شتى أشكالها تنطوي في كثير من الأحيـــان علـــى تقـــديم النصح والمشورة .

وعن أبي هُريـــرةَ - رَضـــيَ الله عنـــه - قـــال:ســـمعت رســـول الله ﷺ يقول:الحلف منفقة للسلعة [الحلف الكاذب يؤدي إلى بيع البضاعة]، ممحقة للربح [يؤدي إلي ضياع ما اكتسب من المال] (رَواهُ البُخاريُّ ومسلم.وعن عمر بـــن أبي معمر، وقيل ابن عبد الله بن فضله - رَضيَ الله عنه - قال:قال رسول الله ﷺ:(من احتكر فهو خاطئ)رواه مسلم وفي لفظ (لا يحتكر إلا الخاطئ).وعـــن أبي سباع - رَضيَ الله عنه - قال:اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع، فلمـــا خرجت بها أدركني يجر إزاره، فقال:اشتريت؟ قلت نعم. قـــال أبـــين لـــك مـــا فيها:قلت:وما فيها ؟ قال:أنها لسمينة ظاهرة الصحة. قال:أردت بهـــا ســـفرًا أو أردت بها لحمًا ؟ قلت:أردت بها الحج. قال: فارتجعها [ولم يكن واثلة هو البائع بل هو طرف مشاهد فقط]. فقال صاحبها:ما أردت إلي هذا أصلحك الله، تفـــسد علي؟ قال:إني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم- يقول: (لا يحل لأحد يبيع شيئًا إلا بيَّن ما فيه، ولا يحل لمن علم ذلـــك إلا بينـــه) " رَواهُ البيهقـــيُّ وَالحَاكِمُ وقال صحيح الإسناد ".

و من المتعاملين رجال يقبلون على عارضي السلعة أو الخدمة وهم قليلـــو الخبرة ، سريعو التصديق لما يقال لهم ، فمن الإيمان ألا تستغل ســـذاجتهم فـــي كسب مضاعف أو تغطية عيب .قال رسول الله (ﷺ) " كبرت خيانة أن تحـــدث أخاك حديثاً ، هو لك مُصدق وأنت له كاذب " البخاري.

والعمل الصادق هو العمل الذي لا ريبة فيه لأنه وليد اليقين ، وهو أيـــضاً قرين الإخلاص ، ولا عوج فيه لأنه نبع من الحق، ونجـــاح الأمـــم فـــي أداء رسالتها ، يعود إلى جملة ما يقدمه بنوها من أعمال صادقة ، إن كانت ثروتهـــا من صدق العمل كبيرة ، وهناك كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تنهانا عن الكذب ، وترشدنا إلى أن الصدق والوضوح هما طريق النجاة ، ولعل

الحديث الشريف الذي قال فيه رسول الله ﷺ:(عليكم بالصدق فإن الصدق يهدي إلي البر ..) دليل على ذلك"رواه البخاري ومسلم" .

وذلك لأن المسلم لا ينظر إلى الصدق كخلق فاضل يجب التخلق به فقط ، بل إنه يذهب إلى أبعد من ذلك ، يذهب إلى أن الصدق من متممات إيمانه ، ومكملات إسلامه ، إذ أمر الله تعالى به، وأثنى على المتصفين به ، كما أمر به رسوله وحث عليه ودعا إليه قال تعالى في الأمر به: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَكُونُواْ مَعَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿١١٩﴾﴾ [التوبة:١١٩] ، وقال في الثناء على أهله: ﴿رِجَالٞ صَدَقُواْ مَا عَٰهَدُواْ ٱللَّهَ عَلَيۡهِۖ﴾ [الأحزاب:٢٣]. وقال: ﴿وَٱلصَّٰدِقَٰتِ وَٱلصَّٰبِرِينَ﴾ [الأحزاب:٣٥] . وقال: ﴿وَٱلَّذِي جَآءَ بِٱلصِّدۡقِ وَصَدَّقَ بِهِۦٓ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُتَّقُونَ ﴿٣٣﴾﴾ [الزُّمَر:٣٣] . وقال رسوله ﷺ في الأمر به: " عليكم بالصدق ، فإن الصدق يهدي إلى البر ، وإن البر يهدي إلى الجنة ، وما زال الرجل يصدق ، ويتحرى الصدق ، حتى يكتب عند الله صديقاً ، وإياكم والكذب فإن الكذب يهدي إلى الفجور ، وإن الفجور يهدي إلى النار ، وما زال الرجل يكذب ويتحرى الكذب حتى يكتب عند الله كذاباً ". وروى الشيخان عن ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلي الله عليه وسلم قال: (إن الصدق يهدي إلى البر وإن البر يهدي إلى الجنة وإن الرجل ليصدق حتى يكتب عند الله صديقا وإن الكذب يهدي إلى الفجور وإن الفجور يهدي إلى النار وإن الرجل ليكذب حتى يكتب عند الله كذابا) قال "ماخطبنا رسول الله ﷺ إلا قال (لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له)"رواه أحمد عن أنس". لذا يجب على كل مسلم والأخص كل مهندس أن يكون أميناً وواقعياً عند تقدير أية بيانات. (قال ﷺ تحروا الصدق وإن رأيتم أن الهلكة فيه ، فإن فيه النجاة) " رواه بن أبي النيا " (خلق المسلم للغزالي) .

٤-١-٤ الرشوة والمحاباة والمحسوبية:-

الرشوة: ومعناها أن تدفع مالاً لتصل إلى ما لا تستحقه أو لتمنع به حقًا لغيرك ، وقد حرم الإسلام ذلك كله، واعتبره من الظلم البين الذي يجب أن يحارب ويدفع، وأدلة ذلك كثيرة في القرآن الكريم.

ففي الرشـــوة قـــال تعـــالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾ ﴾ [البقرة:١٨٨].

فالآية نهت عن أكل الأموال بطريق غير مشروع وخصت من الطرق غير المشروعة إعطاء الحاكم – وعن عبد الله بن عمرو – رَضيَ الله عنهما – قال: " لعن رسول الله ﷺ الراشي [الراشي:هو الدافع للمال] " [والمرتشي: هو آخـذ المال رشوة] رَواهُ أبو داود والترمذيُّ .

وقد وقف الرسول ﷺ من هدايا الأمراء والحكام موقفاً حازماً لا لبس فيـــه ولا غموض حيث اعتبر ﷺ ما يهدي للأمراء والرؤساء وكل ذي شأن يتـــصل بحكم الناس ورعايتهم نوعاً من الرشوة الحرام ما داموا لم يهد إلـــيهم إلا بعـــد توليهم أمور الناس، قال رسول الله ﷺ:من ولى من أمر المسلمين شيئًا، فـــأمر عليهم أحداً محاباة فعليه لعنة الله، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً [فرضـــاً ولا نفلاً] حتى يدخله جهنم . (رَواهُ الحاكم وقال:صحيح الإسناد).

٤-١-٥ التجسس وكشف مساوئ و عيوب الآخرين:-

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱجْتَنِبُواْ كَثِيرًا مِّنَ ٱلظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ ٱلظَّنِّ إِثْمٌ ۖ وَلَا تَجَسَّسُواْ وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا ۚ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ تَوَّابٌ رَّحِيمٌ ﴿١٢﴾ ﴾ [الحُجُرات:١٢]. ومعنى التجسس عند العلماء:هو البحث عن عورات الناس أي العيوب التي يستاء الإنسان من ذكرها أو معرفة الغير لها واعتبـــروه مـــن الكبائر.

أخرج أبو داود، وابن المنذري، وابن مردويه عن أبـــي بـــرزة الأســـلمي قال:خطبنا رسول الله ﷺ فقال:يا معشر الناس من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه، لا تتبعوا عورات المسلمين، فإن من تتبع عورات المسلمين فضحه الله في عقر بيته.

وهكذا يجب أن يفهم المسلمون دينهم وأن يدركوا أن لكل إنسان حرمته وأن حرمته في أقواله وأفعاله وآرائه وأفكاره فيجب أن تصان وتحترم ويضم إلـــى ذلك التجسس عن طريق آلات التسجيل والأقمار الصناعية، والآلات الحـــساسة وغيرها فالإنسان في ذاته وخاصة أمره له حرية لا يجوز لأحد من النـــاس أن ينتهكها، وله كرامة يجب على الجميع احترامها.

٤-١-٦ الوفاء بالوعد والعهد والعقد:-

إذا أبرم المسلم عقداً فيجب أن يحترمه ، وإذا أعطى عهداً فيجب أن يلتـزم به ومن الإيمان أن يكون المرء عند كلمته التي قالها فيُعرف بين الناس أن كلمته موثق غليظ.

و الوعد عبارة عن تعهد الواعد بشيء تجاه من وعده، والعهد عبارة عـن تعاقد بين طرفين أساسه وعد كل منهما أن يفي تجاه صاحبه بأمر من الأمـور. ولذلك العهد والعقد بمعنى واحد. ، ذكر في آيات كثيرة من كتاب الله تعـالي - كما حض عليه النبي ﷺ في أحاديث كثيرة فقال تعالى: ﴿ وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَـٰهَدتُّمْ ﴾ [النحل:٩١].

وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾﴾ [الإسراء:٣٤].

وقال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة:١].

ومدح الله تعالى - سيدنا إسماعيل عليه السلام - بأنه كان صـادق الوعـد فقال - تعالي:

﴿وَٱذْكُرْ فِى ٱلْكِتَـٰبِ إِسْمَـٰعِيلَ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ صَادِقَ ٱلْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَّبِيًّا ﴿٥٤﴾﴾ [مـريم:٥٤].

وأمثال الغدر والخروج على حكم العقد كثيرة، وكل ذلك ينطبق عليـه حـديث أبي هُريرةَ - رَضيَ الله عنه قال:قال رسول الله ﷺ :قال الله تعالي:ثلاثـة أنـا خصمهم يوم القيامة:رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره " رَواهُ البُخاريُ ومسلم وغيرهما " . ومعنى أعطى بي: أي حلف باسم الله وعاهد الله على الشيء المتفق عليه.

وعن أنس رَضيَ الله عنه - أن النبي ﷺ قال: " لا إيمان لمن لا أمانة لـه، ولا دين لمن لا عهد له " رَواهُ أحمد في مسنده وابن حبَّان وقد قال ﷺ :ثلاث من كن فيه فهو منافق وإن صام وصلى وزعم أنه مسلم:إذا حدث كذب، وإذا وعـد أخلف، وإذا اؤتمن خان " رَواهُ البُخاريُ ومسلم ".

والحديث ينطبق كما يقول الغزالي على من وعد وهو على عزم الخلف، أو ترك الوفاء عن غير عذر، فأما من عزم على الوفاء فحدث له عذر منعه مـن الوفاء لم يكن منافقاً وفي الشريعة الإسلامية السمحاء يوصينا ديننـا الإسـلامي الحنيف في حالة قبول المسئولية أن نراعى التزاماتنا تجاه الآخرين ، وأن نحاول

تجنب الأضرار التي قد تلحق بهم في حالة حدوث الأخطاء في هذه المسئولية فالإسلام يلزمنا بأن نحافظ على الآخرين في جميع مظاهر الصحة العامة ، والسكينة العامة ، ورعاية الآخرين ، والكشف عن العوامل التي يمكن أن تعرض الناس والبيئة للخطر ، ولعل الدليل على ذلك حديث الرسول ﷺ:(.. كل المؤمن على المؤمن حرام ، دمه ، وماله ، وعرضه ..) .

٤-١-٧ فضل الكسب الحلال و الإخلاص في العمل والتزود المستمر بالعمل :-

إن البواعث التي تسوق المرء إلى العمل ، وتدفعه إلى إجادته ، وتغريه بتحمل التعب فيه أو بذل الكثير من أجله كثيرة متباينة .

وقيمة العمل عنده ترجع إلى طبيعة البواعث التي تمخضت عنه والحق أن المرء مادام أسلم لله وجهه وأخلص نيته ، فإن حركاته وسكناته ونومه ويقظته ، تحتسب خطوات إلى مرضات الله ، قال رسول الله (ﷺ)"من بني بنياناً في غير ظلم ولا اعتداء أو غرس غرساً في غير ظلم ولا اعتداء كان له أجراً جارياً ما أنتفع به أحد من خلق الرحمن تبارك وتعالي!!"رواه أحمد.

إن الدابة قد تكدح سحابة النهار، نظير طعامها ، والإنسان قد يهبط جهده إلى مستوى الحيوان فيكون عمله لقاء راتبه فحسب لكن الرجل العاقل يغالي بتفكيره ونشاطه فيجعلهما لشيء آجل وهو مرضاة الله واحتساب الأجر عنده هو أكرم ما أعطى سبحانه لقول الرسول ﷺ إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فيجب على كل مسلم بل على كل مهندس أن يخلص في عمله لله عز وجل ويبتغى مرضاته حتى يؤجر في الدنيا والآخرة والإخلاص العميق ألزم ما يكون في ميادين العلم ، والتعليم ابتغاء المال وحده وتلهفاً على المنفعة الشخصية المحضة ، وهو في الحقيقة استهانة بقيمة العلم وإضاعة لرسالته الجليلة .

قال رسول الله (ﷺ) " من تعلم علماً لا يبتغي به وجه الله تعالي لا يتعلمه إلا ليصيب عرضاً من الدنيا لم يجد عرف الجنة يوم القيامة " رواه أبو داود وعرف الجنة: ريحها وقد رغب الإسلام بكل شكل من أشكال الكسب الحلال ، و الذي يبتغى منه إعمار الأرض ،والقيام على مصالح الناس فقال الله تعالي: ﴿وَجَعَلْنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا ﴿١١﴾﴾ [النبأ:١١] ، فذكره في معرض الامتنان ، وقال تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [البقرة:١٩٨] ﴿وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [الجمعة:١٠].

وفي الحديث أن النبي ﷺ قال:(طلب الحلال جهاد) (حديث منكر رواه أبو نعيم في الحلية) ، و(إن الله ليحب العبد المحترف) (حديث ضعيف رواه الطبراني) ، وفي إفراد البخاري أن النبي ﷺ قال:(ما أكل أحد طعاماً - قط - خيراً من أن يأكل من عمل يده ، وإن نبي الله داود كان يأكل من عمل يده) وفي حديث آخر:(إن زكريا -عليه السلام- كان نجاراً) قال ابن عباس- رضي الله عنه -:كان آدم -عليه السلام- حراثاً، ونوح نجاراً ،وإدريس خياطاً، وإبراهيم ولوط زارعين ، وصالح تاجراً ، وداود زراداً (الزراد:بمعنى حداد) ، وموسى وشعيب ومحمد- صلوات الله تعالي عليهم وسلم- رعاة.

وعن صدق التوكل على الله عز وجل قال:أن يتوكل على الله ولا يكون في قلبه أحد من الآدميين يطمع أن يجيئه بشيء فإذا كان كذلك، كان الله يرزقه وكان متوكلاً ، وروى أيضاً قال الترمذي:حسن صحيح - عن عمر مرفوعاً:(لو أنكم تتوكلون على الله حق توكله لرزقكم كما يرزق الطير تغدو خماصاً وتروح بطاناً) (صحيح. رواه أحمد (١/٥٢٣٠)، والترمذي (٢٣٤٤)، وابن ماجه (٤١٦٤) صححه أحمد شاكر في تحقيق المسند.

وعن زيد بن ثابت مرفوعاً:(من كانت الدنيا همه فرق الله عليه أمره وجعل فقره بين عينيه، ولم يأته من الدنيا إلا ما كتب له، ومن كانت الآخرة همه جمع الله له أمره، وجعل غناه في قلبه وأتته الدنيا وهي راغمة) (صحيح. رواه ابن ماجه (٤١٠٥) إسناده جيد).

قال الله تعالي: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلرُّسُلُ كُلُواْ مِنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَٱعۡمَلُواْ صَٰلِحًاۖ إِنِّي بِمَا تَعۡمَلُونَ عَلِيمٞ ﴿٥١﴾﴾ [المؤمنون:٥١]، والطيبات: الحلال ، فأمر بذلك قبل العمل ، وقال في ذم الحرام: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [البقرة:١٨٨]، إلى غير ذلك من الآيات.

وعن أبى هريرة — رضي الله عنه — أن النبي — ﷺ — قال:(يا أيها الناس إن الله طيِّب لا يقبل إلا طيِّباً) ، وذكر الحديث إلى قوله:(ثم ذكر الرجل يُطيل السفر، أشعث أغبر، يمدُّ يديه إلى السماءِ ، يارب ، يارب ، ومطعمه حرام ، ومشربه حرام ، وملبسه حرام ، وغُذِّي بالحرام ، فأنى يستجاب له؟!) رواه مسلم ، وروى في ذلك غير حديث . وروي أن سعدا سأل رسول الله ﷺأن تستجاب دعوته ، فقال له:" أطب مطعمك تُستجَب دعوتك " (قال في تخريج الإحياء:رواه الطبراني في الأوسط من حديث ابن عباس ، وفيه من لا أعرفه).

و قال تعالى: ﴿وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾ [طه:١١٤]، و الآية أمر للنبـــي ﷺ أن يطلب المزيد من العلم و هو دليل على شرف العلم إن لم يؤمر بطلب الزيـــادة الآمنة. ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزُّمَر:٩] ، هل يستوي- استفهام إنكاري بمعنى النفي ، وقال تعـــالى ﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿١١﴾﴾ [المجادلة:١١]، درجات: منـــازل فـــي الجنـــة ، والمعنى يرفع المؤمنين ويخص العلماء منهم بمنازل لما حصلوا من علم فنفعوا و انتفعوا .

وعن أبي موسى رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ :"مثل ما بعثني الله بـــه من الهدى والعلم كمثل غيث أصاب أرضا فكانت منها طائفة طيبة قبلت المـــاء فأنبتت الكلأ والعشب الكثير ، وكان منها أجادب أمسكت الماء فنفع الله بها الناس فشربوا منها وسقوا وزرعوا ، وأصاب طائفة منها أخرى إنما هـــي قيعـــان:لا تمسك ماء ولا تنبت كلأ ، فذلك مثل من فقه في دين الله ، ونفعه ما بعثني الله به فعلم وعمل ، ومثل من لم يرفع بذلك رأسا ، و لم يقبل هدى الله الذي أرســـلت به." متفق عليه.

والناس بالنسبة للعلم ثلاثة أصناف:منهم من يحفظ العلم فيعمل به ويعلمـــه غيره وهذا أفضل الأحوال والأصناف ومنهم من يحفظ العلم وينقله لغيره ممـــن يستفيد به دون أن يكون له الاجتهاد في العمل بمقتضاه ، وهذا اقل رتبة ممـــن سبق ، ومنهم من يعرض العلم ، فلا يسمعه لينتفع به ، ولا يحفظه لينقله لغيره وهذا الصنف من أسوأ الناس.

٤-١-٨ عناية القرآن والسنة بالوقت:-

كل مفقود يمكن أن تسترجعه إلا الوقت ، فهو إن ضاع لا أمل في عودته ، ولذلك كان الوقت أنفس ما يملكه الإنسان ، وكان على العاقل أن يستقبل أيامـــه استقبال الضنين للثروة الرائعة ، لا يفرط في قليل أو كثير منه، يجتهد أن يضع كل شيء مهما قل في موضعه اللائق به إن المسلم الحق يهتم بالوقت اهتمامـــاً شديداً ، لأن الوقت عمره فلا يسمح بضياعه والإسلام دين يعرف قيمة الوقـــت، ويقدر خطورة الزمن ، وذلك يؤكد الحكمة الغالية "الوقت كالسيف إن لم تقطعـــه قطعك".

إن عمرك رأس مالك الضخم ، وسوف تسأل عن إنفاقك منه ، وتــصرفك فيه.عن أبي برزة الأسلمي قال: قال رسول الله ﷺ :"لا تزول قدما عبــد يــوم القيامة حتى يسأل عن أربع:عن عمره فيما أفناه ؟ وعن شبابه فيما أبلاه ؟وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفقه ؟ وعن علمه ماذا عمل به؟"رواه الترمذي".

والإسلام نظر إلى قيمة الوقت في كثير من أوامره ونواهيه، ولذلك جعــل الإعراض عن اللغو من معالم الإيمان .

وقد عني القرآن والسنة بالوقت من نواحٍ شتى، وبصور عديــدة، ولبيــان أهمية الوقت، أقسم الله تعالى في مطلع سور عديدة من القرآن المكــي بــأجزاء معينة منه، مثل الليل والنهار، والفجر، والضحى والعصر، كما في قوله تعــالى ﴿وَٱلَّيۡلِ إِذَا يَغۡشَىٰهَا ﴿٤﴾ وَٱلسَّمَآءِ وَمَا بَنَىٰهَا ﴿٥﴾﴾، ﴿وَٱلۡفَجۡرِ ﴿١﴾ وَلَيَالٍ عَشۡرٖ ﴿٢﴾﴾، ﴿وَٱلضُّحَىٰ ﴿١﴾ وَٱلَّيۡلِ إِذَا سَجَىٰ ﴿٢﴾﴾، ﴿وَٱلۡعَصۡرِ ﴿١﴾ إِنَّ ٱلۡإِنسَٰنَ لَفِي خُسۡرٍ ﴿٢﴾﴾. ومن المعروف لدى المفسرين، وفي حس المسلمين:أن الله إذا أقسم بشيء من خلقه، فذلك ليلفت أنظارهم إليه ، وينبههم على جليل منفعته وآثاره ، وجاءت السنة النبوية تؤكــد قيمة الوقت، وتقرر مسئولية الإنسان عنه أمام الله يوم القيامة حتى إن الأســئلة الأربعة الأساسية التي توجه إلى المكلف يوم الحساب يخص الوقت منها سؤالان رئيسيَّان. فعن معاذ بن جبل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:((لن تزول قدما عبد يوم القيامة، حتى يُسأل عن أربع خصال:عن عمره فيما أفناه، وعن شــبابه فيما أبلاه، وعن ماله من أين اكتسبه، وفيما أنفقه، وعن علمه ماذا عمــل بـــه)) رَواهُ البزار والطَّبرانيُّ بإسناد صحيح واللفظ لهه قاله المنــذر فــي الترغيــب والترهيب.

وهكذا يُسأل الإنسان عن عمره عامة فواجب المسلم الحرص على الاستفادة من الوقت وإذا كان للوقت كل هذه الأهمية حتى ليعد هو الحياة حقاً.

وعلى المهندس مسلماً كان أو غير مسلم واجباً بل واجبات نحو وقته ووقت الآخرين ممن يتعامل معهم في شتى المعاملات، وهو أن يحافظ عليه ، و كمــا يحافظ على ماله بل أكثر منه، وأن يحرص على الاستفادة من وقته كلــه فيمــا ينفعه في دينه ودنياه، وما يعود على أمته بالخير والنماء ، وإنجاز أعماله فــي الوقت المحدد وعدم إهدار وقته ووقت الآخرين.

٤-٢ القواعد القانونية وأخلاق المهنة:-

عند الحديث عن قواعد أخلاقيات المهنة يخال للمرء للوهلة الأولى أن الأمر يتعلق بقواعد لا تتمتع بقوة إلزام قانونية وإنما تتمتع فقط بقوة إلزام أدبية ذلك لأن قواعد أخلاقيات المهنة لا تفترق عن قواعد الأخلاقيات بصفة عامة إلا في تعلقها بمهنة معينة فهي كقواعد الأخلاق ترمى إلى الارتقاء بسلوك ذوى المهن بحضهم على التحلي بالفضائل والابتعاد عن السلوك غير القويم وتستمد إلزامها من رد فعل الضمير الداخلي لأصحاب تلك المهنة أو من استهجان تلك الجماعة المهنية للسلوك المخالف لها والحق أن قواعد الأخلاقيات أو الآداب المهنية لا تصدر في شكل واحد حيث تصدر أحياناً في صورة لائحة من لوائح الإدارة العامة حيث تقوم الجهة المهنية (النقابة مثلاً) بإعداد مشروع ثم تصدر في شكل قرار وزاري كما تصدر أحياناً في شكل إعلان أو توصية أو ميثاق شرف ،وتصدر ثالثاً في صورة قرار تنظيمي من الجهة المهنية بما لها من سلطة في الإشراف على المهنة وتنظيمها وأخيراً قد ترد بعض قواعد أخلاقيات المهنة في صلب القانون المنظم للمهنة كما هو الحال بالنسبة لقواعد أخلاقيات مهنة المهندسين المصرية وقواعد أخلاقيات مهنة المحاماة في الكويت ومثيلتها في مصر (قواعد أخلاقيات المهنة دكتور/جابر محجوب علي ص ٣٤٣).

وتجدر الإشارة إلى أننا سنقوم باستعراض المقصود بقواعد أخلاقيات المهنة أولاً ثم نذكر الأساس للقوة الإلزامية لتلك القواعد ونختم بعد ذلك بتعريب أخلاقيات المهنة المقترحة من جمعية المهندسين الأمريكية مع توضيح الأخلاق المهنية للمهندسين وفقاً لما قررته الجمعية الأمريكية للمهندسين المدنيين في نوفمبر ١٩٦٩ .

٤-٢-١ تعريف قواعد أخلاقيات المهنة:-

يجرى الفقه على تعريف قواعد الأخلاقيات المهنية بأنها العلم الذي ينظم الواجبات التي تفرض على الشخص بحكم ممارسته لمهنة معينة بمعنى أن قواعد أخلاقيات المهنة " هي مجموعة القواعد التي تحدد الواجبات المهنية أي تحدد السلوك الذي يجب على المهني التزامه في ممارسته لأعمال مهنته " (د-سليمان مرقص المدخل للعلوم القانونية فقرة٦٤ص١٥٨). وعلي هذا الأساس فإن قواعد أخلاقيات المهنة تنطبق في ثلاث دوائر من العلاقات هي علاقة ذوى المهنة بعضهم ببعض وعلاقتهم بالعملاء من ناحية أخرى وأخيراً علاقتهم بالمجتمع بصفة عامة .

٤-٢-٢ المبادئ الأساسية التي تحكم علاقة ذوى المهن بعضهم ببعض:-

يمكن القول أن العلاقة بين أصحاب المهنة الواحدة تحكمها مبـــادئ أربعـــة هي:-

١) مبدأ اللياقة في التعامل والمحافظة على وشائج المودة حيث يفترض أن يكون أهل المهنة في علاقاتهم ببعضهم البعض نموذجاً طيباً في حسن التعامـــل وتؤكد قواعد الأخلاقيات في المهن المختلفة هذه الفكرة في نصوص عديدة منها المادة ١٤٢ من النظام الداخلي لنقابة المهندسين المصرية الصادر بقرار وزيـــر الري رقم ٢١٣٣ لسنة ١٩٧٥ والتي نصت على أنه:-

" يجب على عضو النقابة قبل التعاقد على أي عمل سبق إسناده إلى عضو آخر أن يتحقق من وفاء صاحب العمل بتعهداته مع العضو الذي باشر العمـــل قبله ".

وكذلك نص المادة ١٤٣ من نفس النظام التي نصت على أنه :_

" يجب على عضو النقابة معاملة زملائه معاملة قائمة على الثقة المـــشتركة والاحترام المتبادل".

٢) مبدأ التعاون والمساعدة المتبادلة وهو ما أكدته المادة الثانية من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٤ بشأن نقابة المهندسين المصرية في فقرتها الثالثـــة التـــي نصت على أنه:_

" تعمل النقابة علي تحقيق الأهداف التالية: _ ١-...٢- ... ٣- تنمية روح الإخاء والتعاون بين أعضاء النقابة ".

٣)مبدأ استقلال المهني في مباشرة أعمال مهنته ذلك لأن المهنـــي وهـــو المؤهل علمياً وفنياً لا يجوز أن يخضع فيما يتعلق بمباشرة مهنته للوصـــاية أو التبعية الرئاسية.

٤) مبدأ المسئولية الشخصية لكل مهني عما يقوم به من أعمال حيث يجب أن يتحمل كل مهني المسئولية الشخصية عما يقوم به من أعمال أو يتخذه مـــن قرارات كما حددت قواعد الأخلاق في المهن المختلفة أن تكون تلك الأعمال أو القرارات مطابقة للقانون وأكدت ذلك المادة ١٣٨ من النظـــام الـــداخلي لنقابـــة المهندسين المصرية التي نصت على أنه :

" لا يجوز لعضو النقابة أن يقوم بأي عمل يتنافى مع كرامة المهنة ".

٤-٢-٣ المبادئ الأساسية التي تحكم علاقة ذوى المهن بالعملاء:-

حددت قواعد أخلاقيات المهنة المبادئ الأساسية التي تحكم علاقة ذوى المهن بالعملاء في مبدأين أساسيين هما:-

١- مبدأ النزاهة واللياقة ذلك لأن العلاقة بين المهني وبين العميل هي علاقة من يعلم بمن لا يعلم بمعنى علاقة الخبير بأمور المهنة بمن لا دارية له بهذه الأمور ولذلك يكون العميل مضطراً لوضع ثقته في المهني وتسليمه مقاليد الأمور ليس فقط لعلمه وخبرته ولكن بالدرجة الأولى إعتماداً على ضميره وأمانته من أجل ذلك لم يكن غريباً أن تركز قواعد أخلاقيات المهنة على التزام المهني بالنزاهة واللياقة تجاه عملائه ومن ذلك قيام قواعد أخلاقيات المهنة بفرض واجبات على المهندس بعدم أداء مصالح متعارضة حيث نصت المادة ١٤١ من النظام الداخلي لنقابة المهندسين المصرية والصادر بقرار وزير الري المشار إليه على أنه:-

(لا يجوز لعضو النقابة أن يؤدى عملاً للغير إذا كان لهذا العمل إتصال مباشر بعمل مسند إليه أو كان مختصاً بإبداء الرأي أو البت فيه أو الترخيص به).

٢- مبدأ التفاني في أداء الخدمة حيث يجب على المهني القيام بأداء الخدمة المطلوبة بمنتهي الدقة وأن يبذل قصارى جهده في الوصول إلى النتيجة التي يسعى العميل إلى تحصيلها (د . جابر محجوب على - قواعد أخلاقيات المهنة - ص ٣٦٣ وما بعدها) ويملي ذلك الواجب على المهندس تأدية العمل كما ينبغي فإذا أخل بذلك وجبت محاكمته حيث نصت المادة ٥٨ من القانون رقم٦٦ لسنة١٩٧٤ بشأن نقابة المهندسين المصرية على أنه يحاكم أمام الهيئات التأديبية للنقابة الأعضاء الذين يرتكبون أموراً مخلة بشرفهم أو ماسة بكرامة المهنة أو يهملون في تأدية واجباتهم.

٤-٢-٤ واجبات المهني تجاه المهنة أو الجهة المشرف عليها أو المجتمع:-

أما واجبات المهني تجاه المهنة أو الجهة المشرف عليها أو المجتمع فقد حددت قواعد أخلاقيات المهنة الواجبات الأساسية تجاه المهنة ذاتها في واجبين أساسيين هما:-

أولاً: المحافظة على كرامة المهنة وعدم القيام بأي تصرف يؤدي إلي الحط من قدرها وقد نصت على ذلك المادة ٥٣من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ بشأن نقابة المهندسين المصرية حيث نصت على أنه:

"لا يجوز لعنصر النقابة أن يقوم بأي عمل يتنافى مع كرامة المهنة".

وقد أكدت ذلك لائحة النظام الداخلي لنقابة المهندسين المصرية والصادرة بقرار وزير الري المذكور حيث نصت المادة ١٣٨ على أنه: لا يجوز لعضو النقابة أن يقوم بأي عمل يتنافى مع كرامة المهنة.

ثانياً- تجنب الأساليب التجارية في ممارسة المهنة لأن للمهنة كرامتها التي تمنع تحويلها إلى مجرد سلعة تستخدم الوسائل التجارية لترويجها واجتذاب العملاء نحوها ، أما واجبات المهني تجاه الجهة المشرفة على المهنة (النقابة مثلاً) فقد ذهبت قواعد أخلاقيات المهنة إلى ضرورة وجوب احترام المهني تعليمات النقابة التي ينتمي إليها .

كما حددت قواعد أخلاقيات المهنة واجبات المهني تجاه المجتمع الذي يعيش فيه وذلك بتحديد دور المهنة البارزة في حياة المجتمع التي يقوم عليها تطوره والمحافظة على ثرواته البشرية والعقارية بوقاية الأفراد من الأمراض والأوبئة وحماية الثروة العقارية والمحافظة عليها ومن ذلك ما نصت علية المادة الثانية من القانون رقم ٦٦ سنة ١٩٧٤ بشأن نقابة المهندسين المصرية التي نصت على أنه: " تعمل النقابة على تحقيق الأهداف الآتية " :-

١- الارتقاء بالمستوى العلمي والمهني للمهندسين وأداء أعضاء النقابة لواجباتهم في خدمة البلاد ومراقبة تنفيذها.

٢- تعبئة قوى أعضاء النقابة وتنظيم جهودهم في خدمة المجتمع لتحقيق الأهداف القومية وأهداف التنمية الاقتصادية والاشتراك الايجابي في العمل الوطني.

٤-٢-٥ أساس القوة الإلزامية لقواعد أخلاقيات المهنة:-

السؤال المطروح يتعلق بتحديد الطائفة التي تنتمي إليها قواعد أخلاقيات المهنة وهو هل تنتمي تلك القواعد إلى قواعد القانون أم إلى قواعد الأخلاق ؟ ولا جدال في أن الإجابة على هذا السؤال تقتضى تحديد المعيار الفاصل بين القانون والأخلاق.

٤-٢-٥-١ تعريف القانون والأخلاق في الفقه القانوني:-

فالقانون هو مجموعة من القواعد العامة المجردة التي ترمـــي إلـــى إقامـــة النظام وضبط العلاقات الاجتماعية والتي تفــرض علـــى الجماعـــة احترامهـــا باستعمال وسائل القهر والإجبار عند الاقتضاء (الدكتور سليمان مرقص المدخل للعلوم القانونية فقرة ٧ص٩). أما قواعد الأخلاق فهي عبارة عن مجموعة من المبادئ السامية والمثل العليا التي تسود المجتمع في وقت معين والتـــي يـــؤدى الخروج عليها إلى تأنيب الضمير واستهجان الجماعة(الدكتور منصور مصطفي منصور مذكرات في أصول القانون لطلبـــة كليـــة الحقـــوق جامعـــة الكويـــت طبعة١٩٨٩/١٩٩٠ ص٣٢ومابعدها).

ومن المقابلة بين التعريفين يستخلص الفقه القانوني عدداً من الفروق التـــي تفصل بين القانون والأخلاق تتعلق أساساً بـــاختلاف الغايـــة ونطـــاق التنظـــيم والجزاء المترتب على مخالفة كل منهما وباختصار شديد يمكن القول أن جـــزاء القاعدة القانونية ومعيارها يتمثل في الأثر المترتب عليها - والذي يتبلور فـــي حده الأدنى - في إمكانية اللجوء إلى القاضي ومطالبته بإصدار حكم أو قـــرار معين من القاعدة القانونية وهو الأثر الذي لا يمكن أن يترتب أصلاً على القاعدة الأخلاقية .

ونخلص من هذا إلى أن معيار القاعدة القانونية إنما يتمثـــل أساســـاً فيمـــا تتصف به من خاصية الإلزام التي تستمدها مما تقترن به من جزاء وهذا الجزاء يحمل على معنيين: فهو يحمل على معنى القهر أو الإجبار العام المنظم والـــذي تباشره السلطة العامة في مواجهة من يخرج على القاعدة ، وهو ما تفتقر إليـــه قواعد الأخلاق التي لا تتحرك السلطة العامة البتة لمباشرة القهر في مواجهة من يخالفها .

أما المعنى الثاني فهو يحمل على معنى صلاحية القاعدة القانونية لأن ترتب أثر قانوني يتمثل في إمكانية اللجوء للقاضي ومطالبته بإصدار حكم تطبيقاً لهـــا وهذا بدوره غير وارد بالنسبة للقواعد الأخلاقية التي لا يمكن أن تكون - بذاتها - أساساً لدعوى أو مطالبة قضائية (قواعد أخلاقيات المهنة د.جـــابر محجـــوب علي ص٤٠٤).

٤-٢-٥-٢ طبيعة الطائفة التي تنتمي إليها قواعد الأخلاق المهنية:-

الحقيقة أن السؤال عن الطبيعة القانونية لقواعد الأخلاق المهنية يجد تبريره فيما يحيط بهذه القواعد من لبس فللوهلة الأولى تبدو قواعد أخلاقيات المهنة قريبة الشبه بالقواعد الأخلاقية سواء من حيث تسميتها أو من حيث الغرض المنوط بها ومع ذلك فقد أجمع الفقه وأيده في ذلك أحكام القضاء على أن قواعد الأخلاق المهنية هي قواعد قانونية بالمعنى الكامل لأنها تطابق القواعد القانونية من حيث الشكل والموضوع وآية ذلك تتمثل في الآتي:

٤-٢-٥-٢-١ مصدر قواعد الأخلاق المهنية:-

ذلك أن مصدر قواعد الأخلاق المهنية قد تكون في صورة قواعد تشريعية فهي قد ترد ضمن التشريع العادي المنظم للمهنة ذاتها وبهذا يرتقي المشرع بقواعد أخلاقيات المهنة فيوردها في صلب القوانين المنظمة للمهنة ذاتها وهذا ما فعله المشرع المصري في الباب الخامس من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ بشأن نقابة المهندسين حيث جاءت المادة ٥٢ وما بعدها تحت باب واجبات أعضاء نقابة المهندسين وما فعله المشرع الكويتي في المادة ٣٥ من قانون المحاماة الجديد رقم٦٢ لسنة١٩٩٦حيث نص على أهم الواجبات الأخلاقية للمحاميين.

كما قد يكون مصدر قواعد الأخلاق المهنية صورة التشريع الفرعي الذي تقوم الجهة المهنية بإعداد مشروعه وتتولى السلطة المركزية إصداره في صورة لائحة تنظيمية وتكسبه بذلك قوة الإلزام ومن ذلك النظام الداخلي لنقابة المهندسين المصرية الصادر بقرار وزير الري السابق الإشارة إليه والذي نصت فيه المادة ١٣٧ وما بعدها على واجبات أعضاء نقابة المهندسين. ويتضح من ذلك أن قواعد أخلاقيات المهنة تعد من حيث الشكل الذي تظهر فيه قواعد قانونية كاملة لأن المصدر الشكلي لهذه القواعد إما أن يكون التشريع العادي أو التشريع الفرعي .

٤-٢-٥-٢-٢ موضوع قواعد الأخلاق المهنية:-

يقصد بالمطابقة الموضوعية لقواعد الأخلاق المهنية لنموذج القاعدة القانونية أن يكون لقواعد الأخلاق المهنية الخصائص المميزة للقاعدة القانونية وعلى وجه الخصوص صفة الإلزام.

وقد بينا فيما سبق أن معيار القاعدة القانونية وأداة الفصل بينها وبين القاعدة الخلقية إنما يتمثل في صفة الإلزام التي تتسم بها القاعدة القانونية وتفتقر إليهـا القاعدة الخلقية.

والحق أن قواعد الأخلاق المهنية تستوفي صفة الإلزام التي تتسم بها القاعدة القانونية حيث تقترن بالجزاء بمعنى الإجبار أو القهر العام كما تصلح لأن تنتج أثراً قانونياً وآية ذلك:-

٤-٢-٥-٢-٢-١ صفة الإلزام لقواعد أخلاقيات المهنة:-

ذلك أن قواعد أخلاقيات المهنة قد وضعت في صورة تـشريع أو لائحـة تنظيمية تحكم المهني في ممارسته لنشاطه وتلك الأنظمة لا يمكن بطبيعة الحال أن تطبق ما لم تكن مقترنة بجزاءات ولما كانت وسائل القهر أو الإجبار والإلزام كما حددها القانون هي إما التنفيذ أو التعويض أو العقاب فإننا نجـد أن قواعـد أخلاقيات المهنة عادة ما تقترن بالصورة الأخيرة من صور الجزاء أو الإلـزام ومن ذلك ما نص عليه الباب السادس من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ بـشأن نقابة المهندسين المصرية في المواد ٥٨ وما بعدها بشان تأديب الأعضاء .

٤-٢-٥-٢-٢-٢ صلاحية قواعد أخلاق المهنة لترتيب أثر قانوني محدد:

حيث أن خروج المهني علي مقتضى الواجبات التي تنص عليهـا قواعـد أخلاقيات المهنة يعد خطأ تأديبياً يبرر ملاحقته أمام جهات القضاء التأديبي وما دام الأمر كذلك فإن قواعد أخلاقيات المهنة تكون صالحة لترتيب أثـر قـانوني يتمثل في اعتبار الخروج عليها بمثابة مخالفة تأديبية تستتبع صدور قرار مـن جهة القضاء التأديبي بتوقيع أحد الجزاءات التأديبية علـى المهنـي المخـالف وبعبارة آخرى فإن قواعد أخلاقيات المهنة هي قواعد قانونية بـالمعنى الكامـل تتمتع بقوة الإلزام القانوني (قواعد أخلاقيات المهنة د/جـابر محجـوب علـى ص٤٢٣).

فإذا انتهينا إلى اعتبار قواعد أخلاقيات المهنة بمثابة قواعد قانونية ملزمـة فإنه يبقى أن نحدد نطاق هذا الإلزام وهل هو إلزام داخلي يحتج به فقـط أمـام جهات القضاء التأديبي أم إلزام عام يمكن التمسك به أيضاً أمام القضاء المـدني والجنائي ؟.

ومما لا شك فيه أن هذا الدور يكون محدوداً بدرجة كبيرة أمـام القـضاء الجنائي نظراً لالتزام القاضي الجنائي بمبدأ التشريع الذي ينص علـى أنـه لا

جريمة ولا عقوبة إلا بنص والنصوص الخاصة بقواعد أخلاقيات المهنة ليست نصوص تجريم أو عقاب.

ومع ذلك فإن قواعد أخلاقيات المهنة يمكن أن تتدخل أحياناً أمام المحاكم الجنائية إما لتحديد عنصر من عناصر الجريمة كعنصر الخطأ في جرائم القتل أو الجرح غير العمدي أو مخالفة التصميمات أو تنفيذ أعمال المقاولة.

وعلى النقيض من ذلك فإن قواعد أخلاقيات المهنة تلعب دوراً مؤثراً أمام المحاكم المدنية حيث تفرض قواعد أخلاقيات المهنة واجبات يتعين على المهني مراعاتها تجاه عمله من ناحية ومن ناحية أخرى واجبات يجب مراعاتها تجاه زملائه المهنيين وأهمها واجب الامتناع عن المنافسة غير المشروعة وعدم احترامها يجعل المهني مسئولاً مدنياً عن تعويض ما لحق زميله المهني من أضرار من جراء سلوكه المخالف لقواعد الأخلاقيات المهنية.

وأخيراً فان قواعد أخلاقيات المهنة إذ تضع المبادئ الأساسية التي رأى المجتمع مصلحته في ضرورة التزام المهني بها في ممارسته لأعمال المهنة فإنها تزود النظام العام المدني بجزء من قواعده مما يترتب عليه بطلان كل عقد يرتبط به المهني جاء مخالفاً لتلك المبادئ السياسية نظراً لتعارضه مع النظام العام.

وهكذا تبدو النظرة الأولية لقواعد أخلاقيات المهنة باعتبارها مجرد مبادئ أخلاقية ذات إلزام أدبي بعيدة تماماً عن النظرة المبنية على الدراسة المتعمقة والتي تثبت أن قواعد أخلاقيات المهنة ليست فقط قواعد قانونيه ملزمة ولكنها أيضاً في جزء منها متعلقة بالنظام العام ويقع لذلك باطلاً كل عقد أو اتفاق مخالف لها.

٤-٣ تعريب أخلاقيات المهنة المقترحة من جمعية المهندسين الأمريكية:-

تقوم جمعيات النقابات المهنية في مختلف بلاد العالم المتطور بوضع ميثاق أخلاقي أو ميثاق يلزم الأفراد الذين ينضمون إلى تلك الهيئات، وتكون الدراية والإلمام بهذا المنهج شرط الالتحاق بها وفي العادة يتم دراسة هذه القواعد ضمن مقررات كلية الهندسة ويعد شرطاً ضرورياً للاعتراف بالمنهج الدراسي من قبل النقابة أو الهيئة وتطلب النقابات الهندسية من أعضائها الالتزام بتلك القواعد في أثناء أدائهم المهني، وفي حالة عدم الالتزام بهذا المبدأ وخرق أحد بنوده ونمى ذلك إلى علم النقابة فتقوم بتشكيل لجنة للتحقيق وتختلف الإجراءات من نقابة إلى

أخرى، ويكون معيار التقييم وفقاً لهذا المنهج المعروف لدى المهندسين من أعضاء النقابة إذا ثبت عدم التزام المهندس به فقد تتخذ النقابة الإجراءات المناسبة من لفت النظر أو الإنذار أو الإيقاف عن العمل لمدة محدودة أو إسقاط العضوية من النقابة.

وهذا الميثاق هو دليل للمهندس لممارسة المهنة والغرض بالطبع هو حماية الصالح العام وضمان رفع المستوى الأخلاقي للمهنة والحفاظ على سمعتها ووضع ضوابط لممارسات المهنة الهندسية وأيضاً تأدية واجبات المهندس تجاه المجتمع على الوجه الأكمل وخدمة أرباب الأعمال الذين يعملون لديهم و الزبائن الذين يتم العمل لحسابهم وكذلك زملائهم والعاملين تحت إشرافهم ورؤسائهم في العمل بالمستوى اللازم وكذلك أداء واجباته تجاه مهنة الهندسة بصفة عامة و أخيراً تجاه أنفسهم.

وفي خلال ممارسة مهنة الهندسة يتعرض المهندس لمواقف كثيرة يحتاج فيها إلى الإرشاد و التوجيه لاتخاذ القرار المناسب والجمعيات المهنية والحرفية تتناول مثل هذه المواقف وتضع المبادئ الأساسية والقواعد التشريعية وكذلك طرق الممارسة لتطبيق هذه المبادئ والالتزام بهذه القواعد وتدرس ضمن مقررات كلية الهندسة في بلاد العالم المتطور وقد قررت الكثير من كليات الهندسة في العالم العربي تدريس مثل هذه القواعد لأسباب عديدة منها :-

أولاً: الحصول على الاعتراف بمناهجها من جهات التقييم العالمية إلى جانب إعداد الخريج للتعامل في العالم الجديد حيث يتعامل مع مهندسين من شتى بقاع العالم وأصبح من الضروري أن يكون لديه الدراية والإلمام بمثل هذه القواعد حتى يأمن الآخرون في التعامل معه وكذلك لكي يكون لديه منظور واقعي عن السلوك المتوقع من زملائه في العمل حتى وإن كانوا قد تدربوا في أماكن مختلفة من العالم ولذا وجب من الضروري تعريب مثل هذه المواثيق من المنظور المحلي من حيث توافقها مع القوانين والثقافة العامة، وهي في مجملها تحث على مكارم الأخلاق كما سبق وحثت عليها الشريعة الغراء وقد تم الاستعانة بالنموذج المعتمد للجمعية الأمريكية للمهندسين كنموذج لهذه المواثيق والتي تتفق مع الشرع الذي يدعو إلى مكارم الأخلاق .

وإلي جانب ذلك فإنه إذا نظرنا إلى القانون المدني فإنه يعد من أعراف ممارسة المهنة، ويجب الالتزام به (المواد القانونية الخاصة بالعرف والالتزام

المدني ومن ذلك ما نصت عليه المادة رقم ١٩٥ من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أنه:

(لا يقتصر العقد علي ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل).

وفي العادة فإن كافة ما يقوم به المهندس يكون وفقاً لعقود مبرمة تحدد بنود تلك العقود ضوابط لمسئولياته التقصيرية حيث إن عدم الالتزام بها يعد تقصيراً في أدائه المهني.

٤-٣-١ الأخلاق المهنية للمهندسين:- CODE OF ETHICS

وفقاً للجمعية الأمريكية للمهندسين المدنيين نوفمبر سنة ١٩٦٩

FUNDAMENTAL PRINCIPLES

المبادئ الأساسية

Engineers uphold and advance the integrity, honor, and dignity of the engineering profession by:

على المهندسين وهم يزاولون مهنتهم أن يتحلوا بالخلق الكريم والمثل العليا والشرف والسعي للكمال، وأن يكونوا أهلاً للثقة حتى تشيع هذه الأخلاق وتلك المثل في محيط عملهم والجمهور الذي يتعاملون معه، وأن يعملوا على إشاعتها بين العاملين بالحقل الهندسي (راجع الأخلاق الإسلامية).

وهناك أربعة مبادئ أساسية ومهمة على المهندسين أن يضعوها نصب أعينهم من أجل تقدم مهنة الهندسة ألا وهي:

1. Using their knowledge and skill for the enhancement of human welfare and the environment;

١- استخدام معرفتهم ومهاراتهم من أجل تعزيز وتدعيم وإنعاش الرفاهية البيئية(راجع إتقان العمل وعمل الخير في الأخلاق الإسلامية) .

2. Being honest and impartial and serving with fidelity the public, their employers and clients;

٢- عليهم أن يتمسكوا بالشرف والنــزاهة وأن يخدموا بأمانـــة وإخـــلاص الجمهور وزبائنهم وأصحاب العمل وموكليهم (راجع الصدق والعدل في الأخلاق الإسلامية).

3. Striving to increase the competence and prestige of the engineering profession; and

٣-بذل قصارى الجهد لزيادة كفاءة ومكانة مهنة الهندسة. (راجــع إتقــان العمل في الأخلاق الإسلامية)

4. Supporting the professional and technical societies of their disciplines.

٤- دعم الهيئات والجمعيات الفنية والمهنية التي تعمل في مجال تخصصهم (راجع حرص الإسلام على مصلحة الجماعة والتعاون على البر والتقوى مــن الأخلاق الإسلامية).

٤-٣-١-١ المبادئ الأساسية :-

FUNDAMENTAL CANONS القواعد التــشريعية

1.Engineers shall hold paramount the safety, health, and welfare of the public and shall strive to comply with the principles of sustainable development in the performance of their professional duties.

١- يعتبر المهندسون السلامة والصحة والصالح العام وحمايـــة الجمهـــور وممتلكاته هدفهم الأسمى والالتزام بمبادئ التنمية المستدامة والنـــافع والـــسعي الدءوب لضمان ديمومة التطوير أثناء أدائهم المهني . (راجع إتقان العمل فـــي الأخلاق الإسلامية)

2. Engineers shall perform services only in areas of their competence.

٢ - يؤدي المهندسون خدماتهم في مجالات كفاءتهم واختصاصاتهم فقط .

3. Engineers shall issue public statements only in an objective and truthful manner.

٣- يعد المهندسون التقارير العامة بصدق وموضوعية (راجع الصدق في الأخلاق الإسلامية).

4. Engineers shall act in professional matters for each employer or client as faithful agents or trustees, and shall avoid conflicts of

interest.

٤- على المهندسين تجنب كافة سبل تضارب المصالح المعروفة أو المحتملة مع أرباب العمل في المسائل المهنية والعمل لحساب صاحب عمل أو العميل كوكلاء أو مؤتمنين صادقين وأهلاً للثقة (راجع الحرص على الأمانة والوفاء بالعهد في الأخلاق الإسلامية).

5. Engineers shall build their professional reputation on the merit of their services and shall not compete unfairly with others.

٥- على المهندس أن يبني سمعته المهنية على أساس سليم وبناء على ما لديه من خبرة ودراية ، وألا يغش في تعامله مع الآخرين، وأن يحترم المنافسة الشريفة. (راجع تحريم الغش في الأخلاق الإسلامية).

6. Engineers shall act in such a manner as to uphold and enhance the honor, integrity, and dignity of the engineering profession.

٦- يقوم المهندسون بالعمل بما يتفق مع حسن النية وشرف التعامل والمثل العليا وبما يعزز كرامة وشرف مهنة الهندسة (راجع حسن النية والتيسير في المعاملات في الأخلاق الإسلامية).

7. Engineers shall continue their professional development throughout their careers, and shall provide opportunities for the professional development of those engineers under their supervision.

٧- على المهندسين متابعة تطوير أنفسهم مهنياً على مدى مستقبلهم المهني ، كذلك إعطاء الفرص للمهندسين الذين يعملون تحت إشرافهم لمواصلة تطورهم المهني .

٤-٣-١-٢ دليل الممارسة للمبادئ التشريعية:-

Guidelines to Practice under the Fundamental Canons of Ethics

CANON 1

Engineers shall hold paramount the safety, health, and welfare of the public and shall strive to comply with the principles of sustainable development in the performance of their professional duties.

القاعدة التشريعية الأولى:

يعتبر المهندسون السلامة والصحة والصالح العام وحماية الجمهور وممتلكاته هدفهم الأسمى وكذلك الالتزام بمبادئ التنمية المستدامة والسعي الدءوب لضمان ديمومة التطوير أثناء أدائهم المهني.

a. Engineers shall recognize that the lives, safety, health and welfare of the general public are dependent upon engineering judgments, decisions, and practices incorporated into structures, machines, products, processes, and devices.

أ- على المهندس أن يدرك أن السلامة والصحة ، والصالح العام يعتمد على تقييم المهندس وقراراته وعمله الذي يتضمن المنشآت والأجهزة والمنتجات والعمليات والأدوات القائم عليها .

b. Engineers shall approve and seal only those design documents, reviewed or prepared by them, which are determined to be safe for public health and welfare in conformity with accepted engineering standards.

ب- يقوم المهندسون بالموافقة واعتماد المستندات الهندسية التي تم إعدادها ومراجعتها من قبلهم والتأكد من أنها آمنة للاستخدام ولا تتضمن إضراراً بأمن وصحة الصالح العام وأنها متماشية مع المعايير الهندسية المعتمدة.

c. Engineers whose professional judgment is overruled under circumstances where the safety, health, and welfare of the public are endangered, or the principles of sustainable development are ignored, shall inform their clients or employers of the possible consequences.

ج- إذا ما تم اتخاذ قرارات مخالفة لرأي المهندس نظراً لظروف خاصة بحيث يمكن أن تعرض تلك القرارات أمن وسلامة وصحة الصالح العام للخطر أو أنها تتجاهل مبدأ التنمية المستدامة، وجب على المهندس في هذه الحالة إعلام رب العمل أو العميل بالنتائج الممكنة والمحتملة.

d. Engineers who have knowledge or reason to believe that another person or firm may be in violation of any of the provisions of Canon 1 shall present such information to the proper authority in writing and shall cooperate with the proper authority in furnishing such further information or assistance as may be required.

د- يقوم المهندس بإخطار صاحب العمل أو الجهة المختصة كتابياً في حالة حدوث ما يضر بالصحة أو الأمن إذا أعتقد بأن هناك شخصاً أو مؤسسة قد انتهك المبدأ التشريعي الأول ، وعلى المهندس كذلك أن يتعاون مع الجهات المختصة بتقديم مزيد من المعلومات والمساعدة في حال طلب منه ذلك.

E .Engineers should seek opportunities to be of constructive service in civic affairs and work for the advancement of the safety, health, and well-being of their communities, and the protection of the environment through the practice of sustainable development.

هـ- على المهندس أن يسعى لتحري الفرص والأعمال التي تمكنه من خدمة المجتمع في الشئون المدنية وكذلك حماية البيئة وتطوير الأمان والصحة من خلال ممارسة المهنة لتطوير البيئة بشكل نافع وفعال من خلال التدريب على ممارسة مبدأ ديمومة التطوير في نشاطه.

f. Engineers should be committed to improving the environment by adherence to the principles of sustainable development so as to enhance the quality of life of the general public.

و- يجب أن يتعهد المهندس بتحسين البيئة والحفاظ عليها والالتزام بمبدأ ديمومة التطوير الفعال والبناء والنافع والذي يمكن دعمه واستقراره حتى يرفع من جودة الحياة العامة.

CANON 2

Engineers shall perform services only in areas of their competence.

القاعدة التشريعية الثانية:

يؤدى المهندسون خدمات في مجالات اختصاصهم وكفاءتهم فقط.

a. Engineers shall undertake to perform engineering assignments only when qualified by education or experience in the technical field of engineering involved.

أ- لا يؤدي المهندسون الخدمات المهنية ما لم يكونوا كفئاً ومؤهلين لها وذلك عن طريق التعليم والخبرة والممارسة في مجالات التقنية الهندسية ذات العلاقة.

b. Engineers may accept an assignment requiring education or experience outside of their own fields of competence, provided

their services are restricted to those phases of the project in which they are qualified. All other phases of such project shall be performed by qualified associates, consultants, or employees.

ب – يمكن أن يقبل المهندسون مهمة خارج مجالات دراستهم وخبرتهم على أن تكون خدماتهم مقصورة على تلك المراحل من المشروع والتي يكونون مؤهلين لها، ثم يعهد في جميع المراحل الأخرى للمشروع إلى موظفين أو مستشارين أو شركاء مؤهلين للقيام بالعمل اللازم.

c. Engineers shall not affix their signatures or seals to any engineering plan or document dealing with subject matter in which they lack competence by virtue of education or experience or to any such plan or document not reviewed or prepared under their supervisory control.

ج – يجب ألا يوقع المهندس على أي رسومات أو مستندات يخص مشروع أو موضوع ليس لديه الكفاءة اللازمة المكتسبة عن طريق المؤهلات الدراسية أو الخبرة ، وكذلك يجب ألا يوقع المهندس على أي مستندات أو مخطط ما لم يكن قد تم إعداده ودراسته تحت إشرافه.

CANON 3.

Engineers shall issue public statements only in an objective and truthful manner.

القاعدة التشريعية الثالثة: تقارير المنهدسين:

يعد المهندسون التقارير العامة بصدق وموضوعية:

a. Engineers should endeavor to extend the public knowledge of engineering and sustainable development, and shall not participate in the dissemination of untrue, unfair, or exaggerated statements regarding engineering.

أ- يجب أن يأخذ المهندسون على عاتقهم إحاطة العامة والجمهور وإعلامهم بجلال وأهمية مهنة الهندسة وديمومة التطوير، ولا يشارك المهندس في نشر أي مقالات غير صحيحة أو غير عادلة أو تحتوي على بيانات مبالغ فيها فيما يتعلق بمهنة الهندسة.

b. Engineers shall be objective and truthful in professional reports, statements, or testimony. They shall include all relevant and pertinent information in such reports, statements, or testimony.

ب- يجب أن يكون المهندس موضوعياً وصادقاً في تقديم التقارير و البيانات والشهادات، وأن تتضمن هذه التقارير والشهادات كافة المعلومات والبيانات ذات العلاقة.

c. Engineers, when serving as expert witnesses, shall express an engineering opinion only when it is founded upon adequate knowledge of the facts, upon a background of technical competence, and upon honest conviction.

ج-عندما يستدعى المهندس كخبير للشهادة عليه أن يعبر عن رأيه المهني حول المواضيع الفنية متى كان ذلك الرأي مبنياً على أساس الإلمام الكافي بالحقائق الخاصة بالموضوع. ولا يصرح المهندسون بآرائهم المهنية إلا عندما يكون عندهم القناعة والتيقن من صحتها وأماناتها.

d. Engineers shall issue no statements, criticisms, or arguments on engineering matters that are inspired or paid for by interested parties, unless they indicate on whose behalf the statements are made.

د- لا يعد (يصدر) المهندسون تقارير واستشارات (تصريحات أو نقد أو وجهات نظر) في الأمور الهندسية من أي نوع بدافع أو إيعاز أطراف أخرى ذات صلة بالموضوع ما لم يتم ذكره بوضوح وكذلك الأطراف التي يتم إعداد هذه التقارير نيابة عنها ولصالحها .

e. Engineers shall be dignified and modest in explaining their work and merit, and will avoid any act tending to promote their own interests at the expense of the integrity, honor, and dignity of the profession.

هـ- يجب أن يتخلق المهندسون بخلق التواضع والكرامة عندما يقومون بشرح أعمالهم والفائدة المرجوة من هذا العمل، ويمتنعوا عن الأعمال التي من شأنها تقديم مصالحهم الخاصة على حساب شرف وكرامة مهنة الهندسة.

CANON 4.

Engineers shall act in professional matters for each employer or client as faithful agents or trustees and shall avoid conflicts of interest.

القاعدة التشريعية الرابعة:

على المهندسين تجنب كافة سبل تضارب المصالح المعروفة أو المحتملة مع أرباب العمل في المسائل المهنية والعمل لحساب صاحب عمل أو العميل كوكلاء أو مؤتمنين صادقين وأهلاً للثقة (راجع الحرص على الأمانة والوفاء بالعهد من الأخلاق الإسلامية).

a. Engineers shall avoid all known or potential conflicts of interest with their employers or clients and shall promptly inform their employers or clients of any business association, interests, or circumstances which could influence their judgment or the quality of their services.

أ- يجب أن يتفادى المهندسون مصادر تضارب المصالح المعروفة أو المحتملة مع أرباب العمل والعملاء ، وأن يقوم بإخطار صاحب العمل أو الجهة التي يعمل بها في حال حدوث تعارض في المصالح أو ظهور أي ظروف يمكن أن تؤثر في حكمه أو في إتقانه للأعمال الموكلة له.

b. Engineers shall not accept compensation from more than one party for services on the same project, or for services pertaining to the same project, unless the circumstances are fully disclosed to and agreed upon, by all interested parties.

ب- على المهندسين ألا يقبلوا أي مكافآت أو أجر عن العمل في أكثر من جهة ما لم يكن ذلك معلوماً أو متفقاً عليه من كافة الأطراف المعنية .

c. Engineers shall not solicit or accept gratuities, directly or indirectly, from contractors, their agents, or other parties dealing with their clients or employers in connection with work for which they are responsible.

ج- على المهندس ألا يطلب أو يقبل أموالاً أو مكافآت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من المقاولين أو وكلائهم أو أي طرف له علاقة بأعمال صاحب العمل أو عملائهم وذلك فيما يتعلق بالأعمال التي يكون هو مسئولاً عنها (ففي القوانين العربية تعد الرشوة جريمة من الجرائم).

d. Engineers in public service as members, advisors, or employees of a governmental body or department shall not participate in considerations or actions with respect to services solicited or provided by them or their organization in private or

public engineering practice.

د- ألا يقوم المهندس الذي يخدم بالقطاع العام سواء كعامل فيه أو استشاري أو موظف لدى الحكومة باستغلال هذه العلاقة في تسهيل معاملات أو مصالح في مشاريع خاصة، ولا يسعى المهندسون للحصول على عقد من جهة حكومية يعمل فيها الموظف أو المدير كعضو فيها .

e. Engineers shall advise their employers or clients when, as a result of their studies, they believe a project will not be successful.

هـ- في حالة ما إذا أسفرت الدراسات التي يقوم بها المهندس عن أن المشروع غير مجد أو ناجح يجب أن يخطر صاحب العمل والعميل بذلك.

f. Engineers shall not use confidential information coming to them in the course of their assignments as a means of making personal profit if such action is adverse to the interests of their clients, employers, or the public.

و- على المهندسين ألا يستخدموا المعلومات السرية التي تصلهم كوسيلة لتحقيق مصالح خاصة إن كان ذلك يحقق الضرر بمصالح أرباب العمل أو العملاء أو الصالح العام.

g. Engineers shall not accept professional employment outside of their regular work or interest without the knowledge of their employers.

ح- يجب ألا يعمل المهندسون أعمالاً مهنية خارج نطاق أعمالهم والحصول على منافع بدون إخطار صاحب العمل بذلك.

CANON 5.

Engineers shall build their professional reputation on the merit of their services and shall not compete unfairly with others.

القاعدة التشريعية الخامسة:

على المهندس أن يبني سمعته المهنية على أساس سليم وبناءً على ما لديه من خبرة ودراية ، وألا يغش في تعامله مع الآخرين، وأن يحترم المنافسة الشريفة. (راجع تحريم الغش في الأخلاق الإسلامية) .

a. Engineers shall not give, solicit, or receive either directly or indirectly, any political contribution, gratuity, or unlawful consideration in order to secure work, exclusive of securing

salaried positions through employment agencies.

أ- يجب ألا يقدم المهندس أو يسعى أو يأخذ سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة أي مساهمات سياسية أو عطايا أو مكافآت غير شرعية وذلك بهدف الحصول على عمل ، ويستثنى من ذلك الحصول على عمل من خلال وكالات التوظيف.

b. Engineers should negotiate contracts for professional services fairly and on the basis of demonstrated competence and qualifications for the type of professional service required.

ب – يجب على المهندسين عندما يتفاوضون على عقود الخدمات المهنية أن يكون ذلك على أساس العدالة و بناءً على الكفاءات الموثقة وأن يكون لديهم المؤهلات اللازمة لهذا النوع من الخدمات المهنية.

c. Engineers may request, propose, or accept professional commissions on a contingent basis only under circumstances in which their professional judgments would not be compromised.

ج- يمكن للمهندس أن يطلب أو يقترح أو يقبل مهمات مهنية ويكون الأجر أو المكافأة جزافاً وفقاً للنتائج المرجوة على أساس البنود والشروط أو الحوافز بأن يكون له نسبة من العائد أو الربحية على أن لا يؤثر ذلك على أدائهم وتقديرهم للأمور.

d. Engineers shall not falsify or permit misrepresentation of their academic or professional qualifications or experience.

د- على المهندس ألا يزور أو يسمح بالتدليس فيما يتعلق بمؤهلاته الأكاديمية أو المهنية أو خبراته العملية.

e. Engineers shall give proper credit for engineering work to those to whom credit is due, and shall recognize the proprietary interests of others. Whenever possible, they shall name the person or persons who may be responsible for designs, inventions, writings or other accomplishments.

هـ- على المهندس أن ينسب الأعمال الهندسية لأصحابها ويثني على من يستحق الثناء عن تلك الأعمال ، كما يجب على المهندس احترام حقوق الملكية للآخرين، وعليه الاعتراف بمساهمات الآخرين ومجهوداتهم وتسمية من قام بإنجاز الأعمال من تصميم أو اقتراحات أو اكتتاب (إبداع) كلما كان ذلك ممكنا.

f. Engineers may advertise professional services in a way that does not contain misleading language or is in any other manner derogatory to the dignity of the profession. Examples of permissible advertising are as followS:

و- يجب أن يعلن المهندس عن خدمات المهنة بطريقة لا تحتوي علـــى أي لغة مضللة أو أي أسلوب يحط من كرامة المهنة. وفيما يلي أمثلة على طــرق الإعلان المسموح بها:

Professional cards in recognized, dignified publications, and listings in rosters or directories published by responsible organizations, provided that the cards or listings are consistent in size and content and are in a section of the publication regularly devoted to such professional cards.

الإعلان بواسطة الكروت المهنيـــة المنـــشورة فـــي منـــشورات محترمـــة ومعروفة ، وكذلك القوائم التي تعدها المؤسسات الرسمية والتي تحتـــوي علـــى أسماء الأعضاء والمهندسين وأن ينشر الإعلان المخـــصص لـــذلك بـــالحجم و المحتويات المقبولة له وفي القسم المخصص لذلك في تلك المنشورات.

Brochures which factually describe experience, facilities, personnel, and capacity to render service, providing they are not misleading with respect to the engineer's participation in projects described.

الكتيبات التي تصف بدقة الخبـــرات والإمكانيـــات والقـــدرات الهندســـية الضرورية المعدة لتقديم الخدمة على ألا تكون مضللة فيما يتعلق بمدى مساهمة المهندس في المشاريع المذكورة .

Display advertising in recognized dignified business and

professional publications, providing it is factual and is not misleading with respect to the engineer's extent of participation in projects described.

الإعلانات في المنشورات التجارية والمهنية المتخصصة والمعروفة بشرط تحري الدقة وعدم التضليل فيما يتعلق بمدى مشاركة المهندس فـــي المـــشاريع المذكورة.

A statement of the engineers' names or the name of the firm and statement of the type of service posted on projects for which they render services.

ذكر أسماء المهندسين والمؤسسات المساهمة في المشروع مع ذكـــر نـــوع الخدمات التي تقدمها .

Preparation or authorization of descriptive articles for the lay or technical press that are factual and dignified. Such articles shall not imply anything more than direct participation in the project described.

إعداد أو السماح بنشر المقالات التي تكون محترمة وتستند إلى الواقـــع ولا تشير إلا إلى المساهمة المباشرة في المشروع الموصوف.

Permission by engineers for their names to be used in commercial advertisements, such as may be published by contractors, material suppliers, etc., only by means of a modest, dignified notation acknowledging the engineers' participation in the project described. Such permission shall not include public endorsement of proprietary products.

يسمح المهندسون باستخدام أسمائهم في الإعلانات التجارية كالتي يصدرها المقاولون أو الموردين ..... بالوسائل المحترمة والمتواضعة والتي تقـــر دور المهندس في المشروع الموصوف ، ولا يجب أن يأخذ المهندس أي مقابل لدعمه لأي خدمة أو منتج.

g. Engineers shall not maliciously or falsely, directly or indirectly injure the professional reputation, prospects, practice, or employment of another engineer or indiscriminately criticize another's work.

ز – يجب ألا يسيء المهندس إلى أعمال أو سمعة زملاء المهنة أو وظيفـــة مهندس آخر سواء بشكل مباشر أو غير مباشر ، كما لا يجب على المهندس أن يقيم أعمال الآخرين بشكل عشوائي (غير مدروس بعناية).

h. Engineers shall not use equipment, supplies, laboratory or office facilities of their employers to carry on outside private practice without the consent of their employers.

ح- لا يجب أن يستغل المهندسون المعدات والأجهزة و المختبرات والتسهيلات التي وفرها لهم رب العمل من أجل أعمال خاصة خارجية إلا بإذن من رب العمل .

CANON6.

Engineers shall act in such a manner as to uphold and enhance the honor, integrity, and dignity of the engineering profession.

القاعدة التشريعية السادسة:

يقوم المهندسون بالعمل بما يتفق مع حسن النية وشرف التعامل والمثل العليا وبما يعزز كرامة وشرف مهنة الهندسة (راجع حسن النية والتيسير في المعاملات في الأخلاق الإسلامية).

a. Engineers shall not knowingly act in a manner which will be derogatory to the honor, integrity, or dignity of the engineering profession or knowingly engage in business or professional practices of a fraudulent, dishonest or unethical nature.

أ- لا يجب أن يتصرف المهندس وهو على بينة ودراية بشكل يؤدي إلى تدني و انحطاط كرامة مهنة الهندسة . ولا يجب أن يقوم بأعمال وممارسات غير شريفة أو غير أخلاقية .

CANON7

Engineers shall continue their professional development throughout their careers, and shall provide opportunities for the professional development of those engineers under their supervision.

القاعدة التشريعية السابعة: التطوير المهني:

المهندسون سوف يقومون بمتابعة تطوير أنفسهم مهنياً على مدى مستقبلهم المهني ، كذلك إعطاء الفرص للمهندسين الذين يعملون تحت إشرافهم لمواصلة تطورهم المهني .

a. Engineers should keep current in their specialty fields by engaging in professional practice, participating in continuing education courses, reading in the technical literature, and attending professional meetings and seminars.

أ- يجب أن يظل المهندسون على دراية بأحدث التطورات العلمية في مجال تخصصهم و ذلك بالانشغال بالممارسة المهنية وحضور دورات التعليم المستمر والدورات الفنية وقراءة المنشورات والفنية وكذلك حضور الاجتماعات والندوات الفنية.

b. Engineers should encourage their engineering employees to become registered at the earliest possible date.

ب- على المهندسين حث المهندسين الموظفين على المبــادرة بالتــسجيل كمهندس محترف في جمعيات المهندسين في أقرب فرصة ممكنة.

c. Engineers should encourage engineering employees to attend and present papers at professional and technical society meetings.

ج- على المهندسين حث المهندسين الموظفين على حضور وتقديم الأوراق المهنية والفنية في اجتماعات ولقاءات الجمعيات والمؤتمرات المهنية.

d. Engineers shall uphold the principle of mutually satisfying relationships between employers and employees with respect to terms of employment including professional grade descriptions, salary ranges, and fringe benefits.

د-على المهندسين الالتزام بمبدأ الرضا المتبادل في العلاقة بين الموظــف ورب العمل فيما يتعلق بالمهام الوظيفية و المسئوليات والراتب المناسب وكذلك القواعد والمميزات المترتبة على تلك الوظيفة .

الخلاصة:

تشترط كافة النقابات في العالم وخاصة نقابات المهندسين الالتزام بميثــاق أخلاقي لحماية المجتمع و الارتقاء بممارسات المهنة لــضمان أداء المهندســين واجبهم على أكمل وجه تجاه أصحاب الأعمال والزبائن والعاملين فــي الحقــل الهندسي ولتحقيق هذه الغاية تنشر هذه الجهات المبادئ الأساسية الواجب الالتزام بها وكذلك القواعد التشريعية اللازمة وتشرح كيفية الممارسة فــي ظــل هــذه المبادئ ، وقد استعرض الباحث المبادئ الخاصة بجمعية المهندسين الأمريكيــة كنموذج لهذه الأسس وقام بمحاولة لتعريبها.

ومن الضروري ربط هذا الميثاق بالمبادئ الإسلامية والقــوانين والثقافــة المحلية وهذا العمل من الضرورة حتى يؤهل الخريج على التعامل مع الشركات العالمية وزملاء المهنة من خريجي الجامعات المتطورة وذلك للدراية والإلمــام

بالمستوى الأخلاقي اللازم لممارسة المهنة وكذلك تكوين فكـــرة مـــسبقة عـــن السلوك المتوقع منه ومن الآخرين العاملين في الحقل الهندسي.

٤-٣-١-٣ مواد من الدستور والقوانين الكويتية تؤيد هذه الأخلاقيات:-

* نص الدستور الكويتي بالمادة الثانية منه على أن:

"دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع" فإذا ما كان ذلك هو نص الدستور فإن الإسلام حث على الصدق حتى نفي النبي ﷺ علـــى المؤمن أن يكون كاذباً.

* ونص بالمادة (٧) على أن:

"العدل والمساواة دعامات المجتمع والتعاون والتراحم صـــلة وثقـــي بـــين المواطنين".

* نص بالمادة (٨) على أن:

"تصون الدولة دعامات المجتمع وتكفل الأمن وتكافؤ الفرص للمواطنين" .

* تنص المادة (١٠) على أن:

"ترعى الدولة النشء وتحميه مـــن الاســـتغلال وتقيـــه الإهمـــال الأدبـــي والجسماني والروحي" .

* نصت المادة (١٣) على أن:

"التعليم ركن أساسي لتقدم المجتمع وتكفله الدولة وترعاه" .

* نص المادة (١٤):

"ترعى الدولة العلوم والآداب والفنون وتشجع البحث العلمي" .

* نص المادة (١٥):

"تعنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقايـــة والعـــلاج مـــن الأمـــراض والأوبئة" .

* نص المادة (١٦):

"ملكية رأس المال والعمل مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون" .

* نص المادة (١٨):

"الملكية الخاصة مصونة فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا بسبب المنفعة في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً".

* نص المادة (٢٠):

"الاقتصاد الوطني أساسه العدالة الاجتماعية وقوامه التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص وهدفه تحقيق التنمية الاقتصادية وزيادة الإنتاج ورفع مستوى المعيشة وتحقيق الرضاء للمواطنين وذلك كله في حدود القانون" .

* نص المادة (٢٢):"ينظم القانون على أسس اقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية العلاقة بين العمال وأصحاب العمل" .

* نص المادة (٢٦):

"الوظائف العامة خدمة وطنية تناط بالقائمين بها ويستهدف موظفو الدولة في أداء وظائفهم المصلحة العامة" .

* نص المادة (٢٩):

"الناس سواسية في الكرامة الإنسانية وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين" .

* نص المادة (٣٠) من القانون المدني ٨٠/٦٧ على أن:

" يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه عن وظيفته الاجتماعية وبوجه خاص:

أ – إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.

ب– إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ج– إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البته مع الضرر الذي يلحق بالغير.

د– إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف.

* نص المادة (٣٦) من الدستور:

"حرية الرأي والبحث العلمي مكفولة ولكل إنسان حق التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو غيرها وذلك وفقاً للشروط والأوضاع التي يبينها القانون".

* نص المادة (٤١):

"لكل كويتي الحق في العمل وفي اختيار نوعه والعمل واجب على كل مواطن تقتضيه الكرامة ويستوجبه الخير العام وتقوم الدولة على توفيره للمواطنين وعلى عدالة شروطه".

* نص المادة (٤٢):

"لا يجوز فرض عمل إجباري على أحد إلا في الأحوال التي يعينها القانون لضرورة قومية وبمقابل عادل".

* نص المادة (٤٩):

"مراعاة النظام العام واحترام الآداب العامة واجب على جميع سكان الكويت".

* نص المادة (٥٦) من قانون التجارة:

"لا يجوز للتاجر أن يلجأ إلى طرق التدليس والغش في تصريف بضاعته وليس له أن ينشر بيانات كاذبة من شأنها أن تضر بمصلحة تاجر آخر يزاحمه وإلا كان مسئولاً عن التعويض".

* نص المادة (٥٧) من قانون التجارة:

"لا يجوز للتاجر أن يذيع أمور مغايرة للحقيقة تتعلق بمنشأ بضاعته أو أوصافها أو تتعلق بأهمية تجارته".

* نص المادة (١١٤) من قانون الجزاء " العقوبات ":

"كل موظف عام طلب أو قبل لنفسه أو لغيره مالاً أو منفعة أو مجرد وعد بشيء من ذلك مقابل القيام بعمل من أعمال وظيفته ولو كان العمل حقاً أو الامتناع عن عمل من الأعمال المذكورة ولو كان غير حق يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سبع سنوات وبغرامة تساوي ما أعطى أو وعد به وذلك حتى لو ثبت أن الموظف كان عازماً على القيام بالعمل الذي وعد القيام به أو على الامتناع

عن العمل الذي وعد الامتناع عنه. ويعاقب بالعقوبات السابقة كل موظف عـام طلب أو قبل لنفسه أو لغيره مالاً أو منفعة أو مجرد وعد بشيء من ذلـك لأداء عمل أو الامتناع عن عمل لا يدخل في اختصاص وظيفته ولكنه يزعم أنه داخل فيه. وتعد رشوة الفائدة الخاصة التي تحصل للموظف أو لغيره من بيع متاع أو عقار بثمن أزيد من قيمته أو شرائه بثمن أنقص منها أو من أي عقد يـتم بـين الراشي والمرتشي".

* نص المادة (١٩٧) من القانون المدني الكويتي:

(يجب تنفيذ العقد طبقاً لما يتضمنه من أحكام وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل). وهذا ما نصت عليه المادة (٢٤٦) من قـانون المعاملات المدنية الإماراتي.

* نص المادة(٢٢٧)فقرة ١ من القانون المدني الكويتي :

(كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً) وهو ما تـضمنته المـادة (٢٨٢) والمـادة (٢٨٣) والمادة (٢٨٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

الفصل الخامس

نظرية الحق

محتويات الفصل

٥-١ أنواع الحقوق.
٥-٢ أركان الحق.
٥-٣ أحكام الحق.
٥-٤ إثبات الحق.

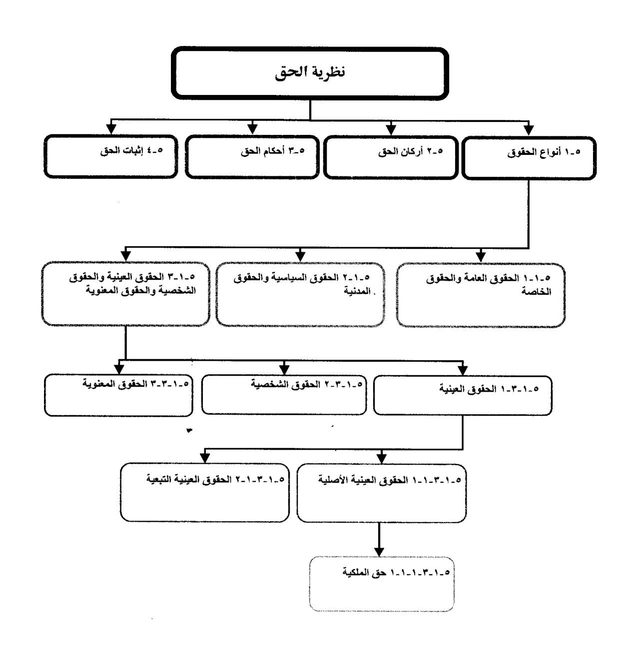
٥- نظرية الحق:-

مقدمة:

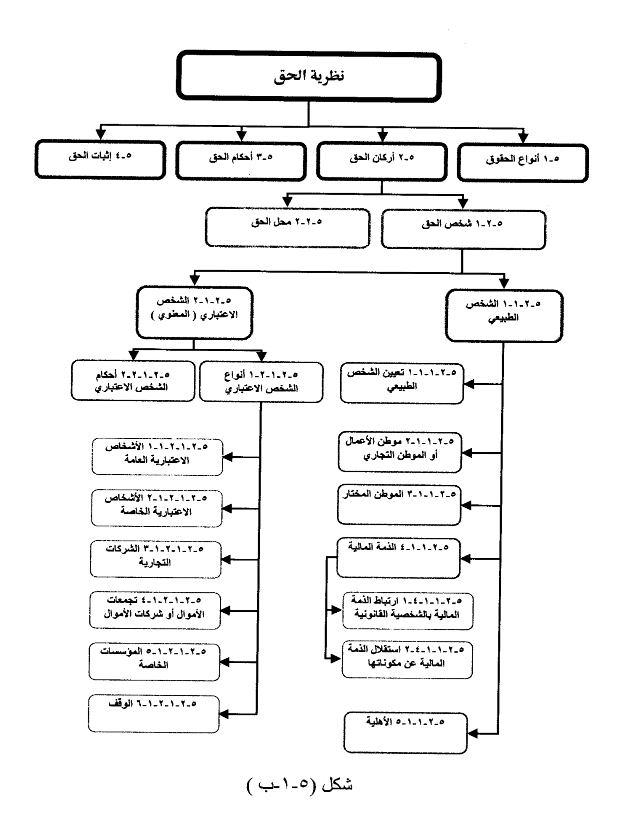
ذكرنا سابقاً أن القانون يبين لأفراد المجتمع بما في ذلك مدراء إدارات العقود ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات وكذلك فإنه يحدد كيفية حماية هذا الحقوق ووسائل اقتضائها عند الحاجة ، لذلك فإننا سوف نستعرض باختصار شديد الجوانب المتعلقة بالحقوق وفقاً للقوانين المعمول بها في البلاد العربية مع التركيز على التطبيقات العملية والتي يحتاجها مدير العقد أثناء قيامه بمهامه والجوانب التي يجب على مدير العقد الإلمام بها حتى يتمكن من ممارسة عمله وفقاً للإطار القانوني الواجب العمل به في المشروع القائم عليه .

والحديث عن الحق و الحقوق يستوجب معرفة عموميات الحق و أنواع الحقوق.

ولقد استقر الفقهاء على تعريف الحق بأنه سلطة شخص على شيء معين مادي أو أدبي يقرها القانون ويحميها. و من هنا فإننا نرى العلاقة الوثيقة ما بين الحق والقانون، فالقانون ينظم روابط الأفراد من خلال بيان ما هو حق للفرد و ما هو واجب عليه كما أنه يبين كيف ينشأ الحق وكيف ينتقل من شخص لآخر. و لا تقتصر وظيفة القانون على تنظيم علاقات الأشخاص في المجتمع في تقرير الحقوق و تبيان الواجبات، ولكنه أيضاً يفرض احترام هذه الحقوق و الواجبات و إلا لكانت مجرد واجبات أخلاقية لا يترتب على الإخلال بها أي جزاء قانوني و المقصود بالجزاء القانوني أن يرفع صاحب الحق دعوى لتمكينه من الدفاع لاقتضاء حقه عند الاعتداء عليه، وتوضح الأشكال التخطيطية(٥-١-أ) و (٥-١-ب) و(٥-١-ج) و(٥-١-د)الفكرة التي نريد توضيحها.

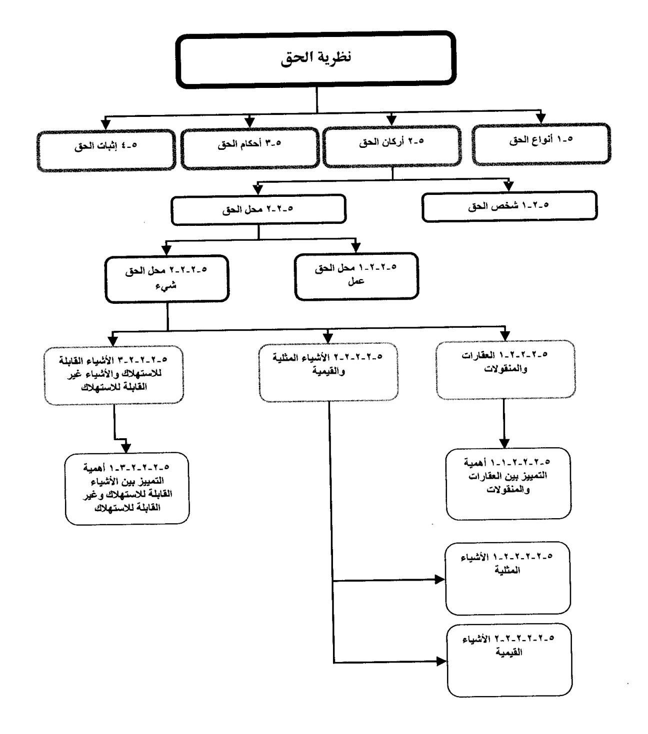

نظرية الحق
٥-١ أنواع الحقوق
٥-٢ أركان الحق
٥-٣ أحكام الحق
٥-٤ إثبات الحق
٥-١-١ الحقوق العامة والحقوق الخاصة
٥-١-٢ الحقوق السياسية والحقوق المدنية .
٥-١-٣ الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية
٥-١-٣-١ الحقوق العينية
٥-١-٣-٢ الحقوق الشخصية
٥-١-٣-٣ الحقوق المعنوية
٥-١-٣-١-١ الحقوق العينية الأصلية
٥-١-٣-١-٢ الحقوق العينية التبعية
٥-١-٣-١-١-١ حق الملكية

شكل (٥-١-أ)



نظرية الحق
٥-١ أنواع الحقوق
٥-٢ أركان الحق
٥-٣ أحكام الحق
٥-٤ إثبات الحق
٥-٢-١ شخص الحق
٥-٢-٢ محل الحق
٥-٢-١-١ الشخص الطبيعي
٥-٢-١-٢ الشخص الاعتباري (المعنوي)
٥-٢-١-١-١ تعيين الشخص الطبيعي
٥-٢-١-١-٢ موطن الأعمال أو الموطن التجاري
٥-٢-١-١-٣ الموطن المختار
٥-٢-١-١-٤ الذمة المالية
٥-٢-١-١-٤-١ ارتباط الذمة المالية بالشخصية القانونية
٥-٢-١-١-٤-٢ استقلال الذمة المالية عن مكوناتها
٥-٢-١-١-٥ الأهلية
٥-٢-١-٢-١ أنواع الشخص الاعتباري
٥-٢-١-٢-٢ أحكام الشخص الاعتباري
٥-٢-١-٢-١-١ الأشخاص الاعتبارية العامة
٥-٢-١-٢-١-٢ الأشخاص الاعتبارية الخاصة
٥-٢-١-٢-١-٣ الشركات التجارية
٥-٢-١-٢-١-٤ تجمعات الأموال أو شركات الأموال
٥-٢-١-٢-١-٥ المؤسسات الخاصة
٥-٢-١-٢-١-٦ الوقف

شكل (٥-١-ب)


نظرية الحق
١-٥ أنواع الحق
٢-٥ أركان الحق
٣-٥ أحكام الحق
٤-٥ إثبات الحق
٥-٢-١ شخص الحق
٥-٢-٢ محل الحق
٥-٢-٢-١ محل الحق عمل
٥-٢-٢-٢ محل الحق شيء
٥-٢-٢-٢-١ العقارات والمنقولات
٥-٢-٢-٢-٢ الأشياء المثلية والقيمية
٥-٢-٢-٢-٣ الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك
٥-٢-٢-٢-١-١ أهمية التمييز بين العقارات والمنقولات
٥-٢-٢-٢-٣-١ أهمية التمييز بين الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك
٥-٢-٢-٢-٢-١ الأشياء المثلية
٥-٢-٢-٢-٢-٢ الأشياء القيمية

شكل (٥-١-ج)

نظرية الحق

- ٥-١ أنواع الحق
- ٥-٢ أركان الحق
- ٥-٣ أحكام الحق
  - ٥-٣-١ مصادر الحق
    - ٥-٣-١-١ الواقعة القانونية
    - ٥-٣-١-٢ الفعل الضار أو المسئولية المدنية
  - ٥-٣-٢ انتقال الحق
  - ٥-٣-٣ انقضاء الحق
    - ٥-٣-٣-١ الوفاء
    - ٥-٣-٣-٢ اتحاد الذمة
    - ٥-٣-٣-٣ المقاصة
    - ٥-٣-٣-٤ الإبراء
    - ٥-٣-٣-٥ هلاك محل الحق
    - ٥-٣-٣-٦ حلول أجل الحق
    - ٥-٣-٣-٧ تحديد الحق
  - ٥-٣-٤ استعمال الحق
- ٥-٤ إثبات الحق
  - ٥-٤-١ محل الإثبات
  - ٥-٤-٢ عبء الإثبات
    - ٥-٤-٢-١ مبدأ البينة على من ادعى
    - ٥-٤-٢-٢ مبدأ حياد القاضي
    - ٥-٤-٢-٣ مبدأ المجابهة بالدليل
    - ٥-٤-٢-٤ عدم إجبار الخصم علي تقديم دليل ضد نفسه
  - ٥-٤-٣ أدلة الإثبات وموقف المشرع الكويتي والمصري منها

شكل (٥-١-د)

٥-١ أنواع الحقوق:- Types of Rights

الحقوق ليست على نوع واحد وإنما تتعدد وتتنوع وفقاً لوجهة النظر إليها . و تسهيلاً لدراستها يلجأ الفقه عادة إلى تقسيمها عدة أقسام يشتمل كل قسم منهــا على مجموعة متجانسة من الحقوق يجمعها منــاط واحــد يوضــح طبيعتهــا وخصائصها.

يقسم الفقه الحقوق إلى نوعين أساسيين :

الأول : الحقوق العامة. Public Rights

الثاني : الحقوق الخاصة. Personal Rights

٥-١-١ الحقوق العامة والحقوق الخاصة:-

أ - الحقوق العامة: Public Rights

هي التي تثبت للشخص بوصفه إنساناً أي أنها تثبت لجميع الأشخاص وهى حقوق دائمة وليست طارئة في حياة الفرد، ويعتبر القانون هو المصدر المباشر لهذه الحقوق ، ولذلك تسمى بحقوق الإنسان أو بالحريات العامة كحق الإنــسان في سلامة كيانه المادي (حماية جسده) و كيانه المعنوي مثل حق الفــرد فــي التعبير عن الرأي والتفكير والتعليم والشرف والاعتبار والخــصوصية والفكــر والعقيدة والعمل والانتقال والاسم والصورة والإنتاج الذهني وهى مــا تــسمى بالحقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية .

وأهم خصائص هذه الحقوق أنها لا تنتقل إلى الغير أي لا يجوز لــصاحبها التنازل عنها لأنها لصيقة بالصفة الإنسانية، وهذا النوع من الحقوق ليست لــه صلة مباشرة بإدارة العقود ويخرج عن نطاق هذا الكتاب .

ب - الحقوق الخاصة: (Personal Rights)

هي عبارة عن حقوق طارئة لا تثبت لجميع الأفراد إلا إذا تــوافرت فــيهم شروطها القانونية التي حددها القانون شرطاً لاكتسابها ، وغالباً ما تقررها قواعد القانون الخاص، ونضرب مثلاً على ذلك بحقوق الأسرة التي يتحــدد اكتــسابها بمقتضى قوانين الأحوال الشخصية، والحقوق المالية التــي يتحــدد اكتــسابها بمقتضى قواعد القانون المدني ، والقوانين المكملة له .

تنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية وحقــوق ماليــة مختلطة وسوف نأتي إلي بيان ذلك في نقطة لاحقة من هذا الكتاب.

كما ذهب بعض الفقهاء إلى تقسيم الحقوق إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية:

٥-١-٢ الحقوق السياسية والحقوق المدنية:-

أ- الحقوق السياسية:- (Political Rights)

و هي الحقوق التي يقررها القانون للشخص بوصفه مواطناً منتمياً إلى بلد معين حتى يتمكن من المشاركة في إدارة شئون بلاده ، وهي تثبت للأفراد في مجال مزاولة أنشطتهم السياسية والدستورية كحق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الدفاع عن الوطن ، وحق تولي الوظائف العامة ، والأصل أن الحقوق السياسية لا تثبت إلا للمواطنين دون الأجانب ولكنها قد تمنح استثناءاً لغيرهم كحق تولي الوظائف العامة وإن كان بعضها الآخر يحمل طابع الواجب بحيث يتعين على الفرد أن يمارسها كحق الانتخاب.

ب- الحقوق المدنية : (Civil Rights)

وهي الحقوق العامة - غير السياسية - التي تثبت للأفراد باعتبارهم أعضاء في جماعة منظمة ليتمكنوا من مزاولة أنشطتهم المدنية المادية والفكرية ، بحرية وأمان ، وفي إطار ما يفرضه المجتمع من أنظمة.

وتنقسم الحقوق المدنية بدورها إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، وذلك كما يلي :

أولاً: الحقوق غير المالية : (Non-Financial Rights)

وهي الحقوق التي لا يمكن تقديرها بالمال بعكس الحقوق المالية فلها طابع مالي وقابل للتعامل. وتنقسم الحقوق غير المالية إلى نوعين : حقوق ترد على قيم لصيقة بالشخص وهي ما تسمى بحقوق الإنسان أو الحقوق الشخصية ، وحقوق أخرى تنشأ من انتساب الشخص إلى أسرة معينة كحقوق الزوجين أو حقوق الأب على أولاده.

ثانياً: الحقوق المالية:- (Financial Rights)

وهي الحقوق التي لها قيمة مالية قابلة للتقويم بالنقود فيمكن بيعها أو هبتها أو التصرف فيها كما أنها تنتقل بالميراث، وتنقسم إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية و سنتناول أقسام الحقوق المالية فيما يلي:-

٥-١-٣ الحقوق العينية و الحقوق الشخصية و الحقوق المعنوية :-

وهي الجانب الأهم في موضوع دراستنا ولذلك سوف نقوم بتناولها في هذا المبحث بشيء من التفصيل . " تنقسم الحقوق من حيث طبيعة المحل الذي تـرد عليه إلى حقوق عينية ترد على شيء مادي ، وحقوق شخصية ترد على عمل أو أداء يقوم به شخص ما ، وحقوق معنوية أو أدبية ترد على أشياء غير مادية.".

٥-١-٣-١ أولاً : الحقوق العينية:- (Real Rights)

الحق العيني هو ميزة أو سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين تـرد على شيء مادي معين تخول صاحبه التمتع بالشيء مباشرة دون وساطة شخص آخر. وأبرز مثال للحق العيني هو حق الملكية " فالحق العيني يخول لـصاحبه الاستئثار بالشيء المادي أو بقيمة مالية معينة فيه دون حاجة لتدخل شخص آخر فالمالك مثلاً يستطيع أن يباشر سلطاته على الشيء المملوك له فيستعمله أو يبيعه أو يؤجره للغير دون أن يتوقف ذلك على تدخل أو وساطة شخص آخر".

ويتميز الحق العيني بأنه لا يرد إلا على الأشياء المادية الملموسة كالأرض و العقارات وأن يكون معيناً بالذات ، وكذلك داخلاً دائرة التعامل أي لا يكـون مثلاً مملوكاً للدولة ملكية عامة ، ويتمثل مضمون الحق العيني في تلك السلطات القانونية المباشرة التي يخولها لصاحبه على العين محل الحق ،والسلطة التـي يمنحها الحق العيني لصاحبه سلطة قانونية ، أي يقرها القانون ويحميها.

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين : الحقوق العينية الأصـلية ، والحقـوق العينية التبعية.

٥-١-٣-١-١ أولاً: الحقوق العينية الأصلية:- (Real Rights)

يقصد بالحقوق العينية الأصلية تلك الطائفة من الحقوق التي تقوم بذاتها دون أن ترتكز على وجود حق آخر ، وذلك تمييزاً لها عن الحقوق التبعية التـي لا توجد مستقلة بل تكون دائماً تابعة لحق آخر وعندما نذكر هذه الحقوق نجد أنها تتمثل أساساً في حق الملكية أما باقي الحقوق الأخرى فهي متفرعة عـن حـق الملكية ، والسبب يرجع إلى أن حق الملكية يعطى لصاحبه جميع المكنات التـي يمكن أن تكون لشخص على شي أما باقي الحقوق الأخرى فتعطـي لـصاحبها بعض هذه المكنات والمزايا .

ولقد قسم القانون المدني المصري الحقوق العينية الأصلية إلى قسمين فعالج حق الملكية في الباب الأول من القسم الثاني بينما عالج في الباب الثاني باقي الحقوق العينية الأصلية تحت عنوان الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.

٥-١-٣-١-١-١ حق الملكية:-

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق العينية وهو النموذج الكامل للحقوق العينية (الأصلية) فلمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه وأكد ذلك نص المادة ٨١٠ من القانون المدني الكويتي حيث نصت على أن (لمالك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه، في حدود القانون). وهو ما تقضي به المادة ٨٠٢ من التقنين المدني المصري والتي تنص على أنه (لمالك الشئ وحده ، في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه).

من هذا يتضح أن حق الملكية يتضمن السلطات التي يخولها القانون لصاحبه أي مالك الشيء وهذه السلطات هي سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال وسلطة التصرف.

وملكية الشيء تشمل أجزاءه وثماره ومنتجاته وملحقاته ، وملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها وفقاً للمألوف (طبقاً للمادتين ٨١٢ ، ٨١٣ من القانون المدني الكويتي).

الملكية الشائعة: هي تعدد أصحاب الحق العيني على شيء واحد ، دون أن تكون حصة كل منهم مفرزه ، كأن يرث مجموعة أخوة عن أبيهم قطعة أرض أو بناء ، فقبل القسمة تكون قطعة الأرض أو البناء مملوكة لهم جميعاً على الشيوع ، كل بحسب نصيبه في الميراث.

أ- طبيعة حق الملكية:

لقد اتجه المشرع في العصر الحديث نحو إخضاع الملكية وبالتالي مالكها لخدمة المجتمع لا بإخضاع المجتمع لخدمة الملكية وصاحبها ، فالملكية كحق مطلق أصبحت فكرة مهجورة أما الآن فهي وظيفة اجتماعية يقوم بها المالك و يحميه القانون ما دام يستعمل ملكيته في الحدود المقررة فليس هذا الحق مطلقاً لا حد له بل هو حق مقيد بحدود لا يجوز لصاحبه أن يتعداها فإذا خرج المالك عن هذه الحدود فلا يحميه القانون .

وتعتبر باقي الحقوق الأصلية متفرعة عن حق الملكية ، ويختلف حق الملكية عن الحقوق المتفرعة منه في أنه حق دائم يبقى طالما بقي الشيء محل الملكية ، فلا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن ، اللهم إلا إذا وضع شخص يده على الشيء الذي أهمل المالك مباشرة سلطاته عليه فترة طويلة ، فإن واضع اليد يكتسب في هذه الحالة ملكية الشيء بالتقادم متى توافرت شروط اكتساب الملكية (المادة ٩٣٥ من القانون المدني الكويتي ،المادة ٩٦٨ من القانون المدني المصري).

ب – الحقوق المتفرعة عن حق الملكية:

١- حق الانتفاع:

نعلم أن السلطات الثلاث التي يخولها حق الملكية لصاحبه قد تجتمع في يد شخص واحد فتكون ملكيته على الشيء ملكية تامة ، وقد توزع بين شخصين أو أكثر ، فتكون ملكية كل منهم ناقصة .

فقد يكون لشخص حق استعمال الشيء فقط دون الاستغلال والتصرف ، وقد يكون له حق استعمال الشيء واستغلاله دون التصرف فيه ، وهو ما يقال له حق الانتفاع.

وحق الانتفاع هو حق عيني أصلي يثبت لشخص يسمى المنتفع على شيء مملوك للغير ويكون له بمقتضاه سلطة استعمال واستغلال هذا الشيء دون التصرف فيه.

على هذا يكون للمنتفع سلطة الاستعمال والاستغلال ، ولكن سلطة التصرف تظل باقية للمالك الذي يسمى في هذه الحالة بمالك الرقبة ، أما ملكية المنفعة فتنتقل للمنتفع ويسمى صاحب المنفعة. وقد نظم القانون المدني حق الانتفاع حماية لمالك الرقبة ، وألزم المنتفع بأن يبذل في استعمال الشيء واستغلاله وحفظه ما يبذله الرجل العادي الحريص على ملكه واستعماله واستغلاله على الوجه الأمثل .

كما أن المنتفع يلتزم أثناء انتفاعه بالعين بكل النفقات التي تقتضيها صيانة العين ، ويجوز للمالك الاعتراض على أي استعمال غير مشروع أو لا يتفق وطبيعة الشيء محل الانتفاع ، وينشأ حق الانتفاع عن طريق الاتفاق بين المالك والمنتفع ، كما يمكن أن ينشأ عن طريق الحيازة ، وحق الانتفاع مؤقت ، ينتهي بعد مضي مدة معينة ، تحدد في العقد ، أما إذا لم تكن هناك مدة محددة ، فإن

الانتفاع يعتبر سارياً طيلة حياة المنتفع ، وفي كل الأحوال ينتهي حق الانتفــاع بموت المنتفع قبل انقضاء المدة المحددة ، بحيث لا يمتد إلى ورثة المنتفع ، لأن شخصية المنتفع تعد عنصراً جوهرياً في تقرير حق الانتفاع ، ومن ثم ينقــضي الانتفاع بموت المنتفع كما ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . ومن أمثلة حق الانتفاع في صناعة التشييد إيجــار المقــاول أو المالــك معدات التشييد المختلفة.

٢- حق الاستعمال:

وهو ذلك الحق الذي ينشأ عندما لا يخول المالك للغير سوى استعمال ملكه فيما أعد له وبالقدر اللازم له ولأسرته ، فحق الاستعمال إذن مجرد صورة مقيدة من صور حق الانتفاع ، فهو لا يمنح صاحبه سلطة استغلال الــشيء ، وإنمــا يخول صاحبه فقط سلطة استعمال الشيء المملوك للغير خلال مدة معينة ، وذلك بالقدر اللازم لما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأفراد أسرته لأمورهم الخاصة .

وإذا كان حق الاستعمال مقرراً على مكان معد للسكن سمي (حق الــسكنى) فحق السكنى إذن صورة من صور حق الاستعمال يخول لصاحبه حق الــسكنى فقط دون بقية أوجه استعمال المنزل أما حق الاستعمال فيخول صــاحبه حــق سكناه أو اتخاذه مكتباً أو مخزناً أو غير ذلك من أوجه الاستعمال. وعلــى هــذا فحق السكنى أضيق نطاقاً من حق الاستعمال.

وحق الاستعمال والسكنى مقصوران على ما يكون صاحب الحق في حاجة إليه هو وأسرته أما ما زاد على هذا الحق فهو للمالك الأصلي وهو بذلك يتميز عن حق الانتفاع .

٣- حق الارتفاق:

عرفه المشرع المصري تعريفاً موجزاً في المادة (١٠١٥) مــن القــانون المدني فبين أن الارتفاق " حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيــره يملكــه شخص آخر " كما عرفه المشرع الكويتي في المادة (٩٥٨) من القانون المدني بأنه " تكليف على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لغير مالــك العقــار الأول " . ويسمى العقار الأول الخادم أو المرتفق به، ويسمى العقار الثاني ، الذي تقــرر الارتفاق لمنفعته ، العقار المخدوم أو المرتفق ،وتتميز حقوق الإرتفاق باعتبارها حقوقاً عينية لأنها تتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر ، وحقوق الإرتفاق قــد تكون إيجابية وفيها يستعمل مالك العقار المخدوم العقار الخادم على نحو معين ،

كما في الارتفاق بالمرور ، وقد تكون سلبية وفيها يمنع مالك العقار الخادم من القيام بأعمال معينة ، كعدم الارتفاع بالمبنى عن حد معين .

ويتمثل مضمون حق الإرتفاق في سلطة الاستعمال فقط ، ولكنه يمنحها مقيدة وليست مطلقة ، و تتعدد صوره وتطبيقاته ، ومن أهم هذه الصور :

أ – حق الإرتفاق بالمرور :

وهو يتقرر في حالة وجود عقارين أحدهما يحبس الآخر عن الطريق العام ، فيكون لصاحب العقار المحبوس حق ارتفاق بالمرور إلى الطريق العام من خلال العقار الحابس، ويتحدد الممر بحسب طبيعة العقار المحبوس ، فإذا كان داراً مسكونة تقرر الحق بحدود ممر يتسع لمرور الشخص ، وإن كان أرضاً زراعية وجب أن يكون الممر كافياً لمرور الآلات الزراعية والمياه والماشية.

ب – حق الارتفاق بالمطل :

يمنح الارتفاق بالمطل مالك المنزل المطل على حديقة غير مملوكة له سلطة فتح مطلات على هذه الحديقة ، والارتفاقات حقوق عينية لأنها توجد سلطة مباشرة لصاحب العقار المخدوم على العقار الخادم تجعل انتفاعه بحقه غير متوقف على تدخل صاحب العقار الخادم .

وينتهي حق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين له ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكاً تاماً ، وباجتماع ملكية العقارين لشخص واحد ، فإذا زالت حالة اجتماع الملكية فإن حق الارتفاق يعود ، كما ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعماله ، ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعماله كذلك ينتهي هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة. وذلك إعمالاً للمادة ٩٦٨ من القانون المدني الكويتي والتي تنص علي أنه (لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق الارتفاق إذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة ، وذلك ما لم يكن الارتفاق مقرراً لمنفعة عقار مملوك للدولة أو لجهة وقف).

وأخيراً فقد أجازت المادة ٩٧٠ من القانون المدني الكويتي والمادة ١٠٢٩ من القانون المدني المصري لمالك العقار المرتفق به أن يحرره من الارتفاق كله أو بعضه إذا زالت منفعة الارتفاق للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الواقع على العقار المرتفق به.

٥-١-٣-١-٢ ثانياً : الحقوق العينية التبعية:

(Ancillary Real Rights)

الحقوق العينية التبعية هي حقوق عينية لا تتقرر لذاتها وإنما تبعاً لحقوق أخرى أصلية ، لخدمتها ولضمان الوفاء بها، ومن أمثلتها الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقوق الامتياز وحق الاختصاص .

والحقوق العينية التبعية تتميز بكونها تستلزم بالضرورة وجود حق آخر فلا توجد مستقلة لذاتها بل تابعة لحق شخصي لضمان الوفاء به وتتميز بأن الغرض منها ووظيفتها ضمان تنفيذ الحق الشخصي الذي تتبعه، وهكذا تتميز الحقوق العينية التبعية بصفتها التبعية ووظيفتها التأمينية ، فبالنسبة لصفتها التبعية ، لا تقتصر هذه الصفة على وجود الحق العيني التبعي ونشأته بل تمتد إلى انقضائه أيضاً ، بمعنى أنه إذا انقضى الحق الأصلي بالوفاء أو بغير ذلك ، إنقضى تبعاً له الحق العيني التبعي.

أما بالنسبة للوظيفة التأمينية للحقوق العينية التبعية ، فترجع أهميتها إلى ما يتعرض له الدائن صاحب الحق الشخصي من مخاطر عدم الوفاء به ، ذلك أن الضمان العام للدائنين لا يتخصص معه مال من أموال المدين للوفاء بالحق الشخصي ، وإنما تضمن كل أموال المدين ديونه جميعها .

وعيب هذا الضمان العام إمكان تصرف المدين في أمواله كلها أو بعضها ، فتخرج هذه الأموال عن الضمان وبالتالي لا يجد الدائن ما يغطي حقوقه ، هذا إلى جانب الخطورة التي قد تترتب على تعدد دائني المدين وعدم كفاية أمواله ، المكونة للضمان العام ، لسداد هذه الديون ، فيشترك جميع الدائنين في اقتسام أموال المدين ، قسمة غرماء ، أي كل بنسبة دينه، فيفقد كل دائن جزءاً من حقه . فمثلاً إذا بلغت ديون المدين ٥٠٠٠ دينار ، وكانت حصة بيع أمواله ٢٥٠٠ دينار ، فمعنى ذلك أن حصيلة البيع لا تكفي إلا لسداد نصف الديون، فيستحق كل دائن نصف دينه.

ولتفادي مساوئ ومخاطر الضمان العام يلجأ الدائن بحق شخصي إلى تأمين حقه بالحصول على حق عيني تبعي ، يتخصص بمقتضاه مال معين من أموال المدين للوفاء بحقه فيتقرر للدائن بذلك سلطة مباشرة على المال محل الحق العيني التبعي تخوله ميزتي التتبع والتقدم ويقصد بالتتبع أي تتبع هذا المال في أي يد يكون ، لينفذ عليه ويستوفي حقه من ثمنه ، ويقصد بالتقدم أو الأفضلية

اقتضاء الدائن لحقه حيث تكون له الأولوية على سائر الدائنين الآخـــرين فـــلا ينافسه ولا يزاحمه أحد .

واستناداً إلى هذه الوظيفة التأمينية للحقوق العينية التبعية يطلق عليها البعض أحياناً تسمية التأمينات العينية أو حقوق الضمان العينية.". وحق الضمان مـــن الحقوق العينية لأنها تحقق لصاحبها سلطه مباشرة على الشيء وهي تبعية لأنها تقوم لضمان حق شخصي والحقوق العينية التبعية المخصصة للــضمان هـــي : حق الرهن الرسمي ، وحق الرهن الحيازي ، و حق الاختصاص وحق الامتياز.

١- حق الرهن الرسمي :

أ- تعريفه: نصت المادة ٩٧١ من القانون المدني الكويتي والتـــي تقابلهـــا المادة ١٠٣٠ في القانون المدني المصري على أن (الرهن الرسمي عقـــد بـــه يكسب الدائن على عقار حقاً عينياً يكون له بموجبه أن يتقـــدم علـــى الـــدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون). ويفهم من ذلك أن الرهن الرسمي هو حق عيني تبعـــي ، أي تـــأمين عيني، يتقرر بمقتضى عقد بين الدائن والمدين أو شخص غيره على عقار معين، يكون للدائن بمقتضاه التقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التالين له فـــي المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار ، في أي يد يكون ، فالرهن الرســـمي لا ينشأ إلا بمقتضى عقد. هذا العقد لا يكون صحيحاً إلا إذا كان رســـمياً أي يـــتم بمعرفة الموظف المختص بتوثيق العقود كذلك يشترط في الرهن الرســـمي أن يكون محله وارداً على عقار أما المنقول فليس محلاً لهذا الحق .

ب- خصائصه:

١- لا ينعقد إلا بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون. وهذا ما أشـــارت إليـــه المادة ١٠٣١ من القانون المدني المصري والمادة ٩٧٢ من القـــانون المـــدني الكويتي والتي تنص علي أنه (لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية موثقة وفـــقاً للقانون ، ونفقات العقد على الراهن ، إلا إذا اتفق على غير ذلك).

٢- لا يرد بحسب الأصل إلا على عقار .

٣- لا يقتضي تخلي الراهن عن حيازة العقار المرهون ، بل يبقى العقـــار في حيازة مالكه يمارس عليه جميع سلطات الملكية .

٤- يجوز أن يكون الراهن هو المدين أو أي شخص آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين .(المادة ٩٧٣ من القانون المدني الكويتي والمادة ١٠٣٢ من القانون المدني المصري).

ج- آثاره :

يترتب على الرهن الرسمي للدائن حقان هما حق الأفضلية وحق التتبع ، وهو أن يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل باقي الدائنين العاديين والمرتهنين التالين له في المرتبة من ثمن العقار المرهون كما يكون للدائن تتبع هذا الحق في أي يد يكون فإذا باع المدين العقار المرهون فإن حق الرهن مع ذلك لا يسقط فيظل لصيقاً بالعقار ينتقل معه هذا الحق طالما أن قيد الرهن قد تم قبل انتقال العقار إلى الغير فالملكية تنتقل إلى المشتري محملة بهذا الحق وهذا هو حق التتبع. وتحسب مرتبة الرهن من وقت قيده ، فالرهن الرسمي لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد ، ويسقط هذا القيد إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه.

ويخول الرهن الرسمي للدائن المرتهن ، إلى جانب حق التقدم ، حق تتبع العقار المرهون لينفذ عليه في أي يد يكون.

٢- حق الرهن الحيازي:

أ- تعريفه :

"الرهن الحيازي حق عيني تبعي يتقرر بمقتضى عقد ، بمقتضاه يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، بأن يسلم إلى الدائن أو إلى عدل أو أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يكون للدائن أن يحبسه حتى استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون" .

ب- خصائصه :

١- أنه يرد على عقار كمنزل ، أو منقول كسيارة .

٢- لا يشترط في العقد المنشئ للرهن الحيازي أن يكون رسمياً ، كما هو الحال بالنسبة للرهن الرسمي بل يمكن أن ينعقد بورقة عرفية فهو ينعقد بالتراضي بين المدين والدائن .

٣- يجب لنفاذه في حق الغير أن تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى يد الدائن المرتهن أو العدل الذي ارتضاه المتعاقدان، ومن هنا جاءت تسميته بالرهن الحيازي .

جـ- أثره:

يترتب على تحرير عقد الرهن الحيازي تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل أو أجنبي يعينه المتعاقدان والرهن الحيازي مثل الرهن الرسمي عقد تابع يفترض وجود التزام أصلي هو الدين المضمون فإذا انقضى الدين الأصلي سواء بالوفاء أو الإبطال انقضى تبعاً له الدين التابع وإذا حل ميعاد الدين ولم يستوف الدائن المرتهن حقه فله أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء بالمزاد العلني أما إذا استوفى الدائن حقه وما يتصل به من ملحقات فيجب عليه أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن ومن هنا يتبين لنا الفرق بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي فالأول يجب أن يحرره موظف رسمي بعكس الثاني فيكفى فيه التراضي ، وتنتقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن الراهن أو آخر في الرهن الحيازي بينما تظل حيازة الشيء المرهون في حوزة المدين في الرهن الرسمي ، وأخيرا كذلك فإن الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار بينما يرد الرهن الحيازي على العقار والمنقول.

٣ - حق الاختصاص:-

أ- تعريفه :

هو حق عيني تبعي ينشأ عن طريق القضاء ضماناً للوفاء بحق دائن بيده حكم صادرٌ بالتنفيذ ذلك أن الدائن الذي يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينه عليه أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الكلية التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص بها.

ب- خصائصه:

أنه يشبه الرهن الرسمي من جهة أنه لا يرد إلا على عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق كما أنه لا يقتضي نقل حيازة الشيء من يد المدين إلى يد الدائن صاحب الاختصاص ولكنه يختلف عنه في أن الأول ينشأ عن طريق عقد رسمي والثاني ينشأ عن طريق إذن من رئيس المحكمة الكلية الكائن بدائرتها العقار.

جـ- أثره:

يكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي أي أن حق الاختصاص يخول لصاحبه إمكانية التقدم والتتبع.

٤- حق الامتياز:-

أ- تعريفه :

عرفته المادة ١٠٦١ من القانون المدني الكويتي والمادة ١١٣٠ من القانون المدني المصري بأنه (١- أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته. ٢- ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون.).

وحق الامتياز حق عيني تبعي يتمثل في أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفة هذا الدين ، يخول من تقرر له هذا الحق ميزتي التقدم والتتبع ، كقاعدة عامة ، على المال الذي يرد عليه الامتياز .

فالقانون يقرر أن هناك من الديون ما يحتاج إلى رعاية خاصة نظراً لصفة فيها مثل حقوق العمال ومقاولي الباطن فيقرر لها أولوية تضمن لأصحابها ميزة التقدم على غيرهم من الدائنين حال تزاحمهم بشرط أن ينشأ حق الامتياز بمقتضى نصوص قانونية.

ب- أنواعه :

١- حق الامتياز قد يكون عاماً، فيرد على جميع أموال المدين من عقارات ومنقولات كامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وامتياز المبالغ المستحقة للخدم والعمال ومقاولي الباطن، ولكن التنفيذ المشار إليه لا يجوز إلا بالنسبة للأموال القائمة في ذمة المدين عند إجرائه.

ولا يترتب عليها حق التتبع كقاعدة عامة كما نصت على ذلك المادة (١٠٦٥) من القانون المدني الكويتي التي قررت أنه (لا يترتب على حقوق الامتياز العامة حق التتبع وذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون في شأن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة) ، وفي شأن هذا الأخير نصت المادة (٢/١٠٧٢) مدني كويتي على تمتعه بحق التتبع.

٢- وقد يكون حق الامتياز خاصاً فيرد على مال معين عقاراً كان أو منقولاً من أموال المدين وتخول لصاحبها مكنتي التقدم والتتبع كامتياز البائع لمنقول أو عقار على الشيء المبيع ضماناً لما يستحقه من ثمن وملحقاته وامتياز المؤجر صاحب المنزل على منقولات المستأجر الموجودة في العين المؤجرة ضماناً للأجرة المستحقة.

ويلاحظ أن حق الامتياز المقرر على منقول عرضة للضياع .إذا انتقلت حيازة المنقول إلى شخص حسن النية أي يجهل وجود الامتياز إذ لا يحتج بالامتياز على من حاز منقولاً بحسن نية، ولقد تدارك المشرع المصري هذه الثغرة فنص في المادة ١١٣٣ /٣ من القانون المدني بأنه (إذا خشي الدائن لأسباب معقولة ، تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة).

وتتميز حقوق الامتياز العامة بأنها لا تحتاج إلى القيد ولو وردت على عقار، و على عكس ذلك فإن حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقد يجب قيدها وهذا ما تضمنته بالفعل المواد (١٠٨٠) إلى (١٠٨٢) من القانون المدني الكويتي التي نظمت حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار ، حيث نصت المادة (١٠٨٠) على أن (١- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ،يكون له امتياز على العقار المبيع. ٢- و يجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً، و تكون مرتبته من وقت القيد). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١١٤٧ .

والمادة (١٠٨١) من القانون المدني الكويتي نصت على أن (١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو ترميمها أو في صيانتها، يكون لها امتياز على هذه المنشآت بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه. ٢- ويجب أن يقيد هذا الامتياز، و تكون مرتبته من وقت القيد مع مراعاة ما تقضي به ٩٧٧). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١١٤٨ .

وتنص المادة (٩٧٧) من القانون المدني الكويتي على أن (١- يشمل الرهن الرسمي ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً. ٢- ويشمل بوجه خاص الأبنية والأشجار التي تكون قائمة وقت الرهن علي العقار المرهون أو تستحدث بعده، وحقوق الارتفاق، والعقارات بالتخصيص، وجميع التحسينات والإنشاءات التي تجري في العقار المرهون، وذلك كله ما لم يتفق علي غيره،

ومع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاوليين أو المهندسين). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٠٣٦ .

كما تنص المادة (١٠٨٢) مدني كويتي علي أنه (١- إذا اقتسم الشركاء عقاراً شائعاً بينهم ، فحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له فيها من معدل يكون مضموناً بحق امتياز على جميع الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء. ٢- و يجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد.) ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١١٤٩ .

ولا تنشأ حقوق الامتياز إلا بمقتضى نص قانوني ، والامتياز بذلك يختلف عن كل من الرهن وحق الاختصاص من حيث المصدر المنشئ إذ بينما الأول مصدره العقد والثاني حكم القاضي نجد أن حق الامتياز مقرر بقوة القانون .

٥-١-٣-٢ ثانياً : الحقوق الشخصية:- (Personal Rights)

وهي النوع الثاني من الحقوق المالية :

أ- تعريفه:

" الحق الشخصي سلطة أو ميزة قانونية تثبت لشخص معين يسمى الدائن تجاه شخص آخر يسمى المدين أو الملتزم تخول صاحبها أي الدائن أن يطالب المدين بنقل حق عيني أو إجبار المدين على أداء معين يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل".

ب- موضوعه :

يتنوع موضوع الحق الشخصي بحسب نوع الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن فقد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء شيء محدد على النحو التالي:

١- الالتزام بأداء عمل معين :

يلتزم المدين في هذه الصورة بالقيام بعمل لصالح الدائن ومثال ذلك التزام المقاول ببناء منزل لصالح شخص معين فالمدين يلتزم بالقيام بعمل إيجابي لصالح الدائن سببه اتفاق أو عقد بين الدائن والمدين فالمثال الأول يتمثل في عقد المقاولة وإذا لم يقم المدين بتنفيذ العمل المتفق عليه كان من حق الدائن أن يطالبه

بالتنفيذ أو فسخ العقد مع التعويض إن كان له مبرر وكمثال على الالتزام بـــأداء عمل معين التزام المهندس برسم تصميم منزل.

٢- الالتزام بالامتناع عن عمل معين :

في هذه الصورة يلتزم المدين على عكس الصورة السابقة بأن يتخذ موقفـــاً سلبياً في الامتناع عن عمل معين ، ومثال ذلك التزام المستأجر بعدم التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن ، وتعهد صاحب المحل التجاري الذي باعه بعدم فتح تجارة جديدة له في نفس الحي ، وقد ينشأ الحق الشخصي أو الالتزام عـــن الاتفاق أو الإرادة المنفردة أو القانون، وسوف تكون هذه المصادر محل دراستنا فيما بعد .

٣- الالتزام بإعطاء شيء معين :

وهو صورة من صور الالتزام بعمل ولكن العمل الذي يطلب من المـــدين أداءه في هذه الصورة ليس مجرد فعل يقوم به المدين لصالح الـــدائن ، ولكـــن عبارة عن نقل حق عيني أو إنشائه لصالح الدائن سواء تم ذلك بمقابل أو بدون مقابل ومثال ذلك التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن العيني ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة.

ومما سبق يتضح أن الحق الشخصي يختلف عن الحق العيني فبينما يعطى الحق العيني صاحبه سلطة مباشرة على الشيء موضوع الحق تمكنه من مباشرة حقه دون وساطة أحد نجد صاحب الحق الشخصي لا يستطيع الحـــصول علـــى حقه إلا إذا إلتجأ إلى المدين وعلاوة على ذلك فالحق العيني حـــق مطلـــق فـــي مواجهة الكافة إذ لا يقابله إلا واجب بعدم التعرض لصاحب الحق في مباشـــرة حقه أما الحق الشخصي فحق نسبي إذ يقابله واجب خاص يقـــع علـــى عـــاتق شخص معين هو المدين فقط.

على هذا فأصحاب الحقوق الشخصية يزاحم بعضهم بعضا بصرف النظـــر عن استحقاقهم لحقوقهم فإذا لم تكن أموال المدين كافية لسداد جميع ديونه قـــسم ثمنها بين دائنيه قسمة غرماء بحيث يساهم كل منهم في الخسارة بنسبه دينه لأن حقوقهم في مستوى واحد إذ امتزجت كلها بذمة المدين فالدائن الشخصي حقوقه مضمونة بذمة المدين كلها وهذا بعكس الدائنين أصحاب الحقوق العينية فحقوقهم محددة أي منصبة على شي معين .

٥-١-٣-٣-٣ ثالثاً : الحقوق المعنوية:- **(Emotional Rights)**

وهي النوع الثالث من أنواع الحقوق المالية وهي عبارة عن الحقوق المتعلقة بالحقوق الذهنية والملكية الفنية و الأدبية.

أ- تعريفها : الحقوق الذهنية هي الحقوق التي تمنح صـــاحبها ســلطات قانونية على أشياء معنوية غير مادية فإذا وردت الحقوق على نتاج الذهن كحق المؤلف والمخترع سميت بالحقوق الذهنية ولقد انتقد البعض هذا الاصطلاح من وجهه نظر التعبير القانوني على أساس أن وصف هذا الحق بالملكية فيه مجافاة للتعبير الضيق على أساس أن الملكية في الفقه القانوني لا ترد إلا على الأشــياء ونحن هنا بصدد فكرة لا حسم لها لأن حق المؤلف لا ينصب على المظهر الذي يبرز فيه نتائج فكره بل على الفكرة ذاتها.

ب)المراد بالملكية الفنية أو الأدبية: هي تلك الحقوق التي ترد على أشياء معنوية من نتاج الذهن وقريحة الفكر كحق المؤلف على أفكاره وحق المختــرع على ما اهتدي إليه من اكتشافات وحق الرسام أو المثال على الفكرة التي ظهرت في العالم المحسوس في شكل ما بمعنى أن الشخص وحده هو الذي يقرر مــدى صلاحية أفكاره أو مجهوده الذهني الذي يقدمه للناس وهو وحده الذي يــستطيع أن ينسب عمله إليه أو يقدمه باسم مستعار وهو وحده الذي يستطيع أن يحمــي عمله من الاعتداء عليه بالتعديل أو التحريف وأخيراً له وحده سحب مصنفه من التداول أي أن هذا الحق متصل بشخص المؤلف أو المفكر أو الفنان يــستعمله وحده وحسب ما يريد وحسب ما يقرره القانون.

٥-٢ أركان الحق:- **(Elements of Rights)**

طبقاً لتعريف الحق الذي أوردناه فيما تقدم فإن " الحق له أركان لا يقوم إلا باكتمالها ، وأول هذه الأركان شخص الحق أو صاحبه ، وهو من يتقرر له الحق ليتمتع بسلطاته ومزاياه ، والركن الثاني هو محله الذي يــرد عليــه ، وهــذان الركنان متفق عليهما . فالمقصود بشخص الحق ، الشخص في نظــر القــانون والشخص من الوجهة القانونية لا يقتصر على الإنسان وهو الشخص الطبيعي ، وإنما يشمل أيضاً الشخص الاعتباري أو الحكمي." فمثلاً يعتبر المهندس محمــد عبد الله شخصاً طبيعياً بينما تعتبر الشركة العربية للمقاولات شخصاً اعتباريــاً وسوف يتم تفصيل ذلك لاحقاً. وسنتناول ركني الحق فيما يلي :

٥-٢-١ الركن الأول: شخص الحق Identity of Rights Owners

٥-٢-١-١ الشخص الطبيعي: (Natural Person)

سنتناول الشخص الطبيعي من خلال استعراض الأمور التالية في نقاط منفصلة:

٥-٢-١-١-١ تعيين الشخص الطبيعي:-

يعين الشخص الطبيعي باسم يميزه عن غيره كما يعين بموطن يحدد مكان وجوده ومن ثم الاستدلال عليه ومخاطبته ويترتب على تحديد موطن للشخص نتائج بالغة الأهمية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يبرمها أو التقاضي بشأنها كالآتي :

- يجب أن تعلن الأوراق القضائية مثل صحيفة الدعوى والإنذار إلى الشخص نفسه أو في موطنه.

- يتحدد الاختصاص المحلي للمحاكم على أساس موطن المدعى عليه في الدعاوي التي تتعلق بحق شخصي أو منقول .

- تتخذ إجراءات شهر الإفلاس أمام المحكمة التي يقع موطن التاجر في دائرتها.

- يتم الوفاء بالديون والالتزامات التي يكون محلها شيئاً مثلياً كالنقود في موطن المدين ما لم يتفق على خلاف ذلك .

٥-٢-١-١-٢ موطن الأعمال أو الموطن التجاري:-

نصت المادة ٤١ من القانون المدني المصري و المادة ١٢ من القانون المدني الكويتي على أن (يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً له بالنسبة إلي ما يتعلق بهذه التجارة أو الحرفة) وعلي هذا فإن موطن الأعمال هو المكان الذي يباشر فيه الشخص ناحية معينة من نواحي نشاطه كالتجارة أو الصناعة أو أية حرفة أخرى ، ويشترط أن يباشر الشخص التجارة أو الحرفة على سبيل الاحتراف بحيث يتخذها مهنة له ومصدراً أساسياً لرزقه . وتقتصر مخاطبة الشخص في هذا الموطن على ما يتعلق بشئون التجارة أو الحرفة التي يمارسها .

٥-٢-١-١-٣ الموطن المختار:-

وهو المكان الذي يختاره الشخص لمباشرة أعمال قانونية معينة أو لإجراء بعض الأعمال القضائية ، و كمثال على ذلك مكتب المحامي الوكيل بالنسبة لدعوى قضائية معينة حيث يختار الشخص أن تتم مخاطبته وإعلانه في دعوى مرفوعة منه أمام القضاء على عنوان مكتب محاميه، فيعتبر هذا موطناً مختاراً للشخص فيما يتعلق بهذه الدعوى وقد نص على ذلك في المادة ٤٣ من القانون المدني المصري فقال:

(١- يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين.

٢- ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة).

ويتحدد الموطن المختار بإرادة الشخص في الأصل ، إلا أن القانون قد يفرض على الشخص اتخاذ موطن مختار في حالات معينة .

٥-٢-١-١-٤ الذمة المالية:-

تعتبر الذمة المالية من المميزات الأساسية للشخص الطبيعي أو الاعتباري على السواء ، و يقصد بالذمة المالية مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية حاضره ومستقبله ، وتعد الذمة المالية أحد العناصر التي تميز الشخص القانوني طبيعياً كان أو اعتبارياً". فهي إذن وعاء تصب فيه حقوق الشخص والتزاماته المالية وبالتالي تنعكس عليها الآثار القانونية لمعاملاته. ولها عنصران أحدهما إيجابي (الحقوق) والآخر سلبي (الالتزامات أو الديون) ، وإذا زادت الحقوق عن الالتزامات يصبح الشخص موسراً ، أما إذا زادت الديون عن الحقوق أصبح الشخص معسراً.

خصائص الذمة المالية:

تتميز الذمة المالية بخصائص ثلاث: فهي أولاً ترتبط بالشخصية القانونية ، وهي ثانياً تستقل بوجودها الذاتي بعيداً عن مكوناتها ، وهي ثالثاً تقتصر على الحقوق والالتزامات المالية. وقد تكلمنا عن الخصيصة الثالثة ، ونتكلم الآن على الخصيصتين الأولى والثانية .

٥-٢-١-١-٤-١ إرتباط الذمة المالية بالشخصية القانونية:-

تتميز الذمة المالية بارتباطها واتصالها الوثيق بالشخصية القانونية وجوداً وعدماً ، فهي تتواجد بتواجد الشخصية القانونية وتنتهي بانتهائها ، ويظهر ارتباط الذمة المالية بالشخصية القانونية في العديد من المظاهر نذكر منها :

- لا تثبت الذمة المالية إلا للأشخاص القانونية طبيعية كانت أو اعتبارية كالشركات والجمعيات والمؤسسات .

- تثبت الذمة المالية لكل شخص قانوني طالما كان متمتعاً بأهلية الوجوب أي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

- لا يكون للشخص إلا ذمة مالية واحدة ، فما دامت الشخصية القانونية لا تتعدد فإن الذمة المالية بدورها لا تتعدد .

- توجد الذمة المالية بمجرد وجود الشخصية القانونية ، وتنتهي بانتهائها أياً كان سبب الانتهاء سواء كان الموت الحقيقي أو الموت الحكمي وهو الحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من فقده ولقد نص على ذلك المشرع الكويتي في المادة ١٤٦ من قانون الأحوال الشخصية . وتوجد الذمة المالية بمجرد وجود الشخص القانوني بصرف النظر عن حقوقه والتزاماته أي حتى ولو لم يكن يتمتع بعد بحقوق.

٥-٢-١-١-٤-٢ استقلال الذمة المالية عن مكوناتها:-

تحتل الذمة المالية أهمية كبيرة نظراً لأنها تمثل الضمان العام للدائنين ، فضلاً عن أنها تتيح للمدين التصرف في أمواله بحرية ، كما أنها تنتقل إلى الورثة عند وفاة صاحبها لذلك لجأ الفقهاء إلى القول بفكرة استقلال الذمة المالية ليجعلوا ضمان الدائن منصباً على مجموعة أموال المدين كوحدة مستقلة عن الأموال المكونة لها.

أهمية فكرة الذمة المالية:

توضح فكرة الذمة المالية مدى ضمان الدائنين لحقوقهم ومدى حرية المدين في التصرف بأمواله وعلى هذا فإن أهمية الذمة المالية تتضح فيما يلي :-

١- الذمة المالية تمثل الضمان العام للدائنين:

يعني ذلك أن حق الدائن لا يرد على عين معينه من الأعيان المملوكة لمدينه إنما يرد على مجموعة أمواله كوحدة متميزة عن الأموال المكونة لها بذلك يكون

ضمان الدائن وارداً على العنصر الإيجابي لذمة المدين المالية ويترتب على ذلك:-

أ- لا يقتصر ضمان الدائنين على الأموال الموجودة في ذمة مدينهم وقت نشوء حقوقهم ، بل يشمل أيضاً الأموال التي قد تدخل في ذمته في المستقبل.

ب- يتساوى الدائنون في الضمان العام ، فيستفيدون بدخول أموال في ذمة مدينهم وعلى العكس يتضررون بخروج أموال منها.

إذا كان المدين معسراً لا تكفى أمواله للوفاء بديونه فيتزاحم الدائنون في استيفاء حقوقهم ، لذلك فإنهم يقتسمون أموال المدين قسمه غرماء ما لم يكن لأحدهم ضمان خاص بموجب رهن أو امتياز أو اختصاص كما رأينا سابقاً.

و لقد نصت المادة ٣٠٧ من القانون المدني الكويتي على أن (١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. ٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون) حيث تتيح فكرة الذمة المالية للدائن أن يطلب الحجز على أي مال من أموال المدين دون تحديد ، كما أن جميع الدائنين متساوون في استيفاء ديونهم من الذمة المالية للمدين إلا إذا كان هناك دائن له أولوية في الاستيفاء مثل الدائن المرتهن .

٢- تتيح الذمة المالية للمدين التصرف بحرية في أمواله: ببيعها أو رهنها لأن حق الدائن لا يتعلق بمال معين من أموال المدين دون أن يستطيع دائنوه تتبع ما تصرف فيه لأن حق الضمان العام لا يرد على عين معينه بالذات بل يشمل مجموع أموال المدين كوحدة مستقلة عن العناصر المكونة لها ، ولكن يجب ألا يتصرف المدين في أمواله بهدف الإضرار بدائنيه حيث أعطى القانون للدائنين الحق في إبطال تصرفات المدين الضارة بدائنيه ، وذلك عن طريق " الدعوى البوليصية " أو ما يسمى " بدعوى عدم نفاذ التصرف" إذا توافرت شروطها وقد نصت على ذلك المواد من ٣١٠ حتى٣١٧ من القانون المدني الكويتي.

٥-٢-١-١-٥ الأهلية :-

" الأهلية لغة تعني الصلاحية ، فالقول بأن الشخص أهل لعمل ما يعني صلاحيته لهذا العمل ، والأهلية في مجال القانون تعني صلاحية يعترف بها القانون للشخص ، هذه الصلاحية قد يقصد بها مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وعندئذ نواجه ما يسمى بأهلية الوجوب ، أي وجوب الحقوق

للشخص وعليه ، وقد يقصد بها أكثر من ذلك ، حيث يقصد بهـا لـيس فقـط صلاحية تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات ، وإنما القدرة على إنـشاء الحقـوق والالتزامات عن طريق مباشرة التـصرفات القانونيـة ، والأهليـة القانونيـة بنوعيها ، أهلية الوجوب وأهلية الأداء هي أهم ما يميز الشخصية القانونية ".

أ) أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص من الوجهة القانونيـة ، لتلقـي الحقوق وتحمل الالتزامـات أي صـلاحيته لاكتـساب الحقـوق لـه وتحمـل الالتزامات . وهي تمثل الأهلية القانونية في وجهها السلبي الذي يقتصر علـى تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات دون تدخل إرادي من الشخص ولكنها لا تشمل وجهها الإيجابي المتمثل في المساهمة إيجابياً في إنشاء هذه الحقوق والالتزامات.

ب) أهلية الأداء : و يقصد بها صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يعتد به القانون فيرتب عليه آثاراً قانونية لمباشرة التصرفات القانونية التي تنشئ الحقوق له وعليه. و قد عرفها البعض بأنها قدرة الشخص على ممارسة حقوقه وتحمل واجباته وهى لا تكون إلا عن طريق التعبير عن الإرادة على وجه يعتد به القانون. أما شرط أهلية الأداء فهو التمييـز والإدراك. و يتوقـف التمييـز والإدراك لدى الفرد على سنه إذ يجب أن يكون راشداً خاليـاً مـن عـوارض الأهلية. و يقصد بعوارض الأهلية أي أمور تطرأ على الشخص بعد بلوغه سن الرشد فتعدم فيه الأهلية أو تنقصها لجنون أو عته أو سفه أو غفلـة كمـا وأن إصابة الشخص بعاهتين من ثلاث الصم والبكم والعمى أو الحكم عليه بعقوبـة جنائية و الأخيرتين هما من موانع الأهلية.

٥-٢-١-٢ الشخص الاعتباري (المعنوي) : (Juristic Person)

الشخصية الاعتبارية إفتراضاً أو مجازاً لجأ إليها القانون لاعتبارات عملية ، مالية وغير مالية ، فقد اقتضت ضرورات الحياة القيام ببعض الأنـشطة التـي يعجز الإنسان عن القيام بها بمفرده.

وهكذا اعترف القانون لمجموعات الأشخاص وتجمعات الأموال بالشخصية القانونية ، ولكنها شخصية إفتراضية حكمية ، لذلك سميت بالشخصية الاعتبارية لكونها تتقرر بحكم القانون فقط ، وهي شخصية معنوية لا وجود مادي حقيقـي لها.

و على هذا سوف نتناول الشخص الاعتبـاري مـن خـلال اسـتعراض الموضوعات التالية في نقاط مستقلة:

٥-٢-١-٢-١ أنواع الشخص الاعتباري (المعنوي):-

تنقسم الأشخاص الاعتبارية إلى عدة أنواع :

فمن حيث تبعيتها القانونية ، أي خضوعها لأحكام القانون ، تنقسم إلى أشخاص اعتبارية عامة ، تخضع لأحكام القانون العام ، وأشخاص اعتبارية خاصة تخضع لأحكام القانون الخاص ، ومن حيث عناصر تكوينها تنقسم إلى جماعات أشخاص ، كالجمعيات والشركات ، وتجمعات أموال ، كالمؤسسات الخاصة والأوقاف .

ومن حيث الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه تنقسم إلى أشخاص تهدف إلى الربح المادي أو المالي كالشركات التجارية ، وأشخاص لا تهدف إلى الربح المادي وإنما تهدف إلي تحقيق أغراض إجتماعية كالجمعيات والنوادي والنقابات".

و لقد حدد القانون المدني المصري الأشخاص الاعتبارية على سبيل الحصر حيث نص في المادة ٥٢ منه على أن الأشخاص الاعتبارية هي:

(١- الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشأت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

٢- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية الاعتبارية.

٣- الأوقاف .

٤- الشركات التجارية و المدنية.

٥- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا لأحكام القانون.

٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون). ولقد ورد هذا التعداد للأشخاص الاعتبارية في القانون على سبيل الحصر ولكن يجوز أن يضفي المشرع الشخصية الاعتبارية في المستقبل على أي مجموعة من الأشخاص أو الأموال.

وتقسم الأشخاص الاعتبارية إلى قسمين : أشخاص اعتبارية عامة و أشخاص اعتبارية خاصة.

٥-٢-١-٢-١-١ الأشخاص الاعتبارية العامة:-

Public Corporate Identity

" الأشخاص الاعتبارية العامة هي الهيئات والمؤسسات العامة التي تخضع لقواعد القانون العام ، لكونها تضطلع بتحقيق أغراض ذات نفع عام ، وتتمتع بقدر من السلطة والسيادة.". و نضرب مثلاً على ذلك بالدولة والمحافظات والمدن والقرى. وقد ترى الدولة أن تمنح الشخصية الاعتبارية لبعض الهيئات أو المرافق العامة كي تتمتع باستقلال مالي و إداري عن الدولة مما يساعد على القيام بمهمتها مثال ذلك الجامعات والغرف التجارية وهيئة النقل العام وهيئة البريد وشركة الاتصالات السلكية و اللاسلكية وبعض الطوائف الدينية وفى هذه الحالات المختلفة تمنح الشخصية الاعتبارية باعتراف خاص من المشرع .

ومن الجدير بالذكر أن تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي قد أدى إلى دخول كثير من المؤسسات والشركات العامة في نطاق الأشخاص الاعتبارية العامة.

٥-٢-١-٢-١-٢ الأشخاص الاعتبارية الخاصة:-

(Private Corporate Identity)

"الأشخاص الاعتبارية الخاصة هي التي يقوم الأفراد بإنشائها وفقاً لقواعد القانون الخاص ، وتنقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة من حيث العنصر الأساسي فيها إلى تجمعات من الأشخاص كالجمعيات والشركات التجارية ، وتجمعات من الأموال ، كالمؤسسات الخاصة والوقف . والأولى يكون العنصر الأساسي فيها الأشخاص المكونين لها ، وفي الثانية يكون العنصر الأساسي فيها المال الذي يخصص لتحقيق أغراضها .

كما تنقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة ، من حيث غرضها الذي أنشئت من أجله والذي تسعى إلى تحقيقه إلى أشخاص مالية أو اقتصادية ، تهدف إلى تحقيق الربح المادي كالشركات التجارية ، وأشخاص غير مالية لا تهدف أساساً إلى تحقيق الربح المادي ، وإنما يكون الهدف منها هدفاً إجتماعياً أو دينياً ، كالجمعيات والنوادي والمؤسسات الخاصة ".

وسوف نتحدث بالتفصيل عن كل منها فيما يلي:

٥-٢-١-٢-١-٣ الشركات التجارية :-

الشركة عبارة عن عقد بين شخصين أو أكثر بهدف المساهمة في مشروع مالي ، و ذلك بتقديم حصة من مال أو عمل و اقتسام ما ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة.

إذن فالشركة عبارة عن جماعة من الأشخاص يتفقون على إقامة مشروع مالي يشترك فيه كل منهم بحصة من المال أو العمل ، بحيث يكون للشركة وجود مستقل عن مكونيها وتصبح شخصاً إعتبارياً بمجرد تمتعها بالشخصية القانونية والشركة باعتبارها شخصاً إعتبارياً تعد من تجمعات الأشخاص وهي بذلك تتفق مع الجمعيات والنوادي والنقابات ، ولكنها تختلف عنهم في كونها تهدف إلى الربح المالي لأعضائها . والشركة التجارية هي التي تزاول الأعمال التجارية ، وقد نظم المشرع خمسة أنواع من الشركات التجارية وذلك بالقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٦٠ في شأن الشركات التجارية ، وهي:

أ) شركة التضامن: تتكون شركة التضامن من شخصين أو أكثر بقصد القيام بالأعمال التجارية ، وتتميز شركات التضامن بأن الشركاء فيها يكونون مسئولين عن التزامات الشركة على وجه التضامن في حصة كل منهم بالشركة بالإضافة إلى جميع أموالهم الخاصة ، الأمر الذي يجعل من شخصية الشركاء عنصراً جوهرياً في هذه الشركة . ويتعين لتمتع شركة التضامن بالشخصية الاعتبارية إستيفاء إجراءات قيدها في السجل التجاري .

ب) شركة التوصية: تتكون شركة التوصية من طائفتين من الشركاء : الطائفة الأولى تشمل الشركاء المتضامنين ، الذين يتولون إدارة الشركة ويكونون مسئولين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة حتى في أموالهم الخاصة . والطائفة الثانية تشمل الشركاء الموصين ، وهؤلاء لا يتولون إدارة الشركة وتتحدد مسئوليتهم في الحصة التي يقدمها كل منهم. و يوجد نوعان من شركات التوصية: النوع الأول ، شركة التوصية البسيطة: و فيها تكون مسئولية الشريك الموصي عن التزامات الشركة بقدر الحصة التي قدمها. و النوع الثاني شركة التوصية بالأسهم : وفيها تكون مسئولية الشريك الموصي عن التزامات الشركة في حدود قيمة الأسهم التي اكتتب فيها ، ويسري على شركات التوصية الأحكام المقررة شأن شركات التضامن من حيث تأسيس الشركة فلا تكتسب الشخصية الاعتبارية إلا بإتمام إجراءات قيدها في السجل التجاري.

حـ) شركة المساهمة : تتكون من عدد من الأشخاص يكتتبون فيها بأسهم قابلة للتداول ، وتتحدد مسئولية كل منهم بالقيمة الاسمية للأسهم التي اكتتب فيها ، وهذا يقلل من أهمية شخصية الشركاء في شركات المساهمة . وتكتسب شركات المساهمة الشخصية الاعتبارية من وقت صدور مرسوم تأسيسها.

هـ) الشركة ذات المسئولية المحدودة : لا يزيد عدد الأشخاص المكونين لها عن ثلاثين ، ويسأل كل منهم عن التزامات الشركة في حدود حصته من رأس المال ، ولا يجوز للشركة إصدار أسهم أو سندات قابلة للتداول، وإنما يتم انتقال الحصص عن طريق نظام حق استرداد الشركاء لحصة الشريك المتنازل عنها، وتكتسب الشركة ذات المسئولية المحدودة الشخصية القانونية بمجرد قيدها في السجل التجاري .

و) شركة المحاصة: وهي تقتصر فقط على العلاقة بين الشركاء المكونين لها ، ولا تسري في حق الغير ، ولا تتمتع بالشخصية القانونية .

ومن عرضنا السابق يتبين لنا أن جميع الشركات التجارية ، باستثناء شركة المحاصة ، تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، وكان مقتضى ذلك الانفصال التام بين الذمة المالية للشركة وذمم المكونين لها ، بحيث تسأل الشركة فقط عن ديونها والتزاماتها وفي حدود ميزانيتها أو ذمتها المالية ، وهذا ما يتحقق فعلاً بالنسبة لشركات المساهمة أما بالنسبة لشركات التضامن وشركات التوصية فيما يتعلق بالشركاء المتضامنين ، فلا يوجد ذلك الاستقلال التام بين الذمة المالية للشركة وذمم الشركاء على خلاف ما يستلزمه الاعتراف بالشخصية القانونية من استقلال ذمة الشخص الاعتباري عن ذمم المكونين له .

٥-٢-١-٢-١-٤ تجمعات الأموال أو شركات الأموال :-

تتميز تجمعات الأموال التي تتمتع بالشخصية القانونية الاعتبارية بأن العنصر الأساسي فيها هو المال فهو عمادها وعنصرها الجوهري ، أما عنصر الأشخاص فلا يقوم إلا بدور ثانوي ولا يكون محل اعتداد في تكوينها.

٥-٢-١-٢-١-٥ المؤسسات الخاصة :-

"المؤسسة الخاصة شخص إعتباري ينشأ بتخصيص مال لمدة غير معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو لأي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام دون قصد الربح".

٥-٢-١-٢-١-٦ الوقف :-

الوقف نظام مستمد من الشريعة الإسلامية يتم بمقتضاه حبس عين ما عن أن تكون ملكاً لأحد وجعلها على حكم ملك الله تعالى ، فلا يجوز التصرف فيها ، مع رصد منفعتها أو التصدق بريعها لجهة من جهات البر في الحال أو في المآل ، مثال ذلك من يوقف قطعة أرض زراعية للإنفاق من ريعها على دار أيتام.

٥-٢-١-٢-٢ أحكام الشخص الاعتباري:-

" يبدأ الوجود القانوني للشخص الاعتباري بمجرد اكتسابه الشخصية القانونية ويظل قائما إلى أن ينتهي حيث يفقد هذه الشخصية ".

أ – موطن الشخص الاعتباري:

يتحدد للشخص الاعتباري موطن مستقل خاص به متميز عن موطن أي من الشركاء وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته وذلك طبقاً لنص المادة ٢٠ من القانون المدني الكويتي ويلاحظ أن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الداخل فإن مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية .

ب – جنسية الشخص الاعتباري :

المقصود بجنسية الشخص الاعتباري خضوعه لقانون دولة ما من حيث نشأته ونشاطه وانقضائه. وتتحدد جنسية الشخص الاعتباري بالدولة التي يتخذ فيها مركز إدارته الرئيسي.

جـ – الذمة المالية للشخص الاعتباري:

يترتب على الاعتراف بالشخص الاعتباري سواء أكان عاماً أو خاصاً ، وسواء أكان من جماعات الأشخاص أو تجمعات الأموال منحه الشخصية القانونية ، ومن ثم وجوده الذاتي المستقل عن الأعضاء المكونين له ، وذلك يستوجب أن تكون له ذمة مالية خاصة به ، ومستقلة عن ذمم أعضائه ، فتكون له أمواله الخاصة وعليه التزاماته الشخصية ، وهذه وتلك لا تختلط بحقوق والتزامات أعضائه ، فتعتبر أموال الشخص الاعتباري أموالاً مملوكة له وليس لأعضائه ، وهو الذي يتحمل الالتزامات المترتبة عن مزاولته لأنشطته ولا يتحملها أعضاؤه ، ويترتب على تمتع الشخص الاعتباري بذمة مالية خاصة به أن تكون حقوقه ضامنة لدينه فقط ، كما تكون ديونه مضمونة بحقوقه فقط .

واستثناءاً من الحكم السابق فقد رأينا أن الشركاء المتضامنين ، في شركات التضامن وشركات التوصية ، يسألون عن ديون الشركة حتى في أموالهم الخاصة على الرغم من استقلال ذممهم عن ذمة الشركة ، ويرجع ذلك إلى أن هذه الشركات تقوم على الثقة في الأشخاص المكونين لها.

د – الأهلية القانونية لدى الشخص الاعتباري:

(Legal Capacity of Corporate Identity)

يتمتع الشخص الاعتباري ، بمجرد الاعتراف به ومنحه الشخصية القانونية ، بالأهلية القانونية بنوعيها ، أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

١– أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري:

أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري هى مناط الشخصية القانونية لذلك يتمتع الشخص الاعتباري بأهلية الوجوب كنتيجة ضرورية ومنطقية للاعتراف به ومنحه الشخصية القانونية فيكون له اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهذه الأهلية لا تكون كاملة و إنما تكون مقيدة ببعض القيود التي تفرضها طبيعة الشخص الاعتباري إذ لا تثبت له الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية من ناحية والغرض الذي أنشئ من أجله من ناحية أخرى.

٢– أهلية الأداء لدى الشخص الاعتباري :

الاعتراف للشخص الاعتباري بالشخصية القانونية يعني الترخيص له قانوناً بمباشرة أنشطته التي أنشئ من أجل تحقيقها ، وهذا يستوجب إبرام التصرفات القانونية التي تمكنه من تحقيق أهدافه ، وما يترتب على ذلك من إمكانية اكتسابه الحقوق وتحمل الالتزامات التي ترتبها هذه التصرفات ، غير أن أهلية الأداء التي تمكنه من ذلك تتوقف على الإرادة ، والإرادة لا تكون إلا للإنسان ، وللتوفيق بين هذين الاعتبارين ، أي ضرورة تمكين الشخص الاعتباري من مباشرة التصرفات القانونية وما يستوجبه ذلك من تمتعه بأهلية أداء هذه التصرفات ، من ناحية ، وكون أن أهلية الأداء تستلزم الإرادة من ناحية أخرى ، فقد اعترف للشخص الاعتباري بهذه الأهلية على أن يمارسها نيابة عنه ممثله القانوني الذي لابد وأن يكون شخصاً طبيعياً متمتعاً بكامل الإرادة والتمييز ، ويقتصر دور ممثل الشخص الاعتباري على التعبير عن إرادته ، أي التعبير عن إرادة الشخص الاعتباري وليس إرادته هو . لذلك تكون العبرة بإرادة الشخص الاعتباري وليس بإرادة ممثله.

كما يترتب على تمتع الشخص الاعتباري بأهلية الأداء إمكان مساءلته مدنياً عن الأضرار التي تلحق الغير نتيجة الأفعال غير المشروعة التي يرتكبها بواسطة أعضائه أو ممثليه ، وتكون مسئوليته عندئذ مسئولية شخصية وليست مسئولية عن فعل الغير ، كما يمكن أن يسأل عن أعمال موظفيه وتابعيه تطبيقاً لأحكام المسئولية عن فعل الغير باعتباره متبوعاً، أما في نطاق المسئولية الجنائية ، فالأصل أن الشخص الاعتباري لا يسأل عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوه أو أعضاؤه وتابعوه ، وإنما يسأل عنها من ارتكب الجريمة .

ونظراً للنتائج المعيبة التي تترتب على عدم مساءلة الشخص الاعتباري جنائياً ، والتي قد تؤدي إلى أن يصبح الشخص الاعتباري ستاراً يختفي وراءه المجرمون للإفلات من العقاب، وهذا ما يحدث بصفة خاصة في جرائم الغش التي يرتكبها بعض مسئولي الأشخاص الاعتبارية بقصد إفادته بالتحايل على القانون ، فقد ظهر نوع من العقوبات الجنائية يتلاءم مع طبيعة الشخص الاعتباري ، كالغرامة ، والمصادرة ، والإغلاق ، وحل الشخص الاعتباري .

أخيراً يستوجب الاعتراف للشخص الاعتباري بأهلية الأداء أن يكون له حق التقاضي مدعياً و مدعى عليه.

ولما كان الشخص الاعتباري من خلق الضرورة لذا فإن أهليته لا يمكن أن تكون مطلقة كالشخص الطبيعي و إنما هي مقيدة بعدة قيود منها:

(١) أن الشخص الاعتباري لا تثبت له الحقوق اللازمة لشخص الإنسان كالحقوق العائلية و السياسية.

(٢) أهليته محددة بسند إنشائه وبالغرض الذي أنشئ من أجله وعليه لا يحق لملجأ مثلاً أن يباشر أعمال الفنادق كما أنه ليس لناد رياضي أن يتخذ من الأعمال التجارية حرفة له.

(٣) ليس للجمعيات أن تتملك عقارات إلا بالقدر اللازم لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله وذلك ما عدا الجمعيات الخيرية و الثقافية وذات النفع العام ولقد وضع المشرع المصري كل ذلك في نص المادة رقم ٥٣ من القانون المدني المصري حيث قرر أنه: (١- الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون.

٢- فيكون له:

أ- ذمة مالية مستقلة.

ب- أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه ، أو التي يقررها القانون.

جـ- حق التقاضي.

د- موطن مستقل ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته . والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية .

٣- ويكون له نائب يعبر عن إرادته).

٥-٢-٢ الركن الثاني – محل الحق:- (Object of Rights)

محل الحق هو العنصر الثاني للحق ، ويتمثل فيما ترد عليه السلطات التي يخولها الحق لصاحبه . أما السلطات ذاتها وما تخوله من قيم ومزايا يستأثر بها صاحب الحق فتمثل مضمونه ، ومحل الحق إما أن يكون عملاً معيناً إيجابياً أو سلبياً يلتزم به المدين لصالح الدائن وإما أن يكون شيئاً تنصب عليه سلطة صاحب الحق ونعرض ذلك فيما يلي :-

٥-٢-٢-١. محل الحق عمل :- (Labor of Work)

مثل الأعمال أو الأداءات محل الحقوق غير المالية ، وكذلك الحقوق الشخصية من الحقوق المالية ، فمع هذه الحقوق يلتزم المدين لصالح الدائن ، صاحب الحق ، بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين ، لذلك فالعمل باعتباره محلاً للحق قد يكون إيجابيا وقد يكون سلبياً.

العمل الايجابي :

العمل الايجابي باعتباره محلاً للحق له العديد من الصور :

أ) فقد يتعلق بشيء معين بذاته أو نوعه ، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، والالتزام بدفع مبلغ من النقود.

ب) وقد يتمثل العمل في نتيجة معينة يلتزم المدين بتحقيقها ، كما في حالة إلتزام المقاول بتشييد و إعمار المبنى و إلتزام المهندس بإعداد و إنجاز أعمال التصميمات.

حـ) وقد يقتصر العمل على بذل المدين جهده بصرف النظر عن تحقيق أو عدم تحقيق النتيجة المرجوة.

العمل السلبي :

يتحقق العمل السلبي باعتباره محلاً للحق عندما يكون للدائن مصلحة في امتناع المدين عن القيام بعمل معين كان له أن يقوم به بحسب الأصل ، ومن أمثلته إلتزام بائع المحل التجاري بعدم منافسة المشتري ، وإلتزام المشتري بعدم التصرف في المبيع إلى حين سداد كامل الثمن. ويشترط في العمل أن يكون ممكناً في ذاته و أن يكون معيناً نافياً للجهالة وأن يكون مشروعاً.

٥-٢-٢-٢ محل الحق شئ:- (Things)

و نتناول هذا المبحث من خلال التعرض لأمرين: -

الأول : شروط صلاحية الشيء لأن يكون محلاً للحق : ويشترط في الشيء حتى يصلح محلاً للحق :

١- أن يكون داخلاً في دائرة التعامل بمعنى أن يكون جائزاً التعامل فيه.

٢- أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود مستقبلاً .

٣- أن يكون للشيء وجود مستقل عن وجود صاحبه.

٤- أن يكون للشيء قيمة قانونية .

الثاني : تقسيمات الأشياء: (Division of Things)

الأشياء باعتبارها محلاً للحق هي كل ما له وجود ذاتي مستقل عن شخص الإنسان ، سواء كان مادياً يمكن إدراكه بالحواس كالأرض والبناء والحيوان والنبات أو كان معنوياً لا يدرك إلا بالعقل كالأفكار الأدبية و الفنية وكل ما له صلة بنتاج العقل والفكر. وللأشياء تقسيمات متعددة تختلف باختلاف وجهة النظر إليها ووفقاً للمناط أو المعيار الذي يتخذ للتقسيم :

- فمن حيث ثباتها وتحركها : تنقسم الأشياء إلى أشياء ثابتة أو عقارات ، وأشياء غير ثابتة أو منقولات .

- ومن حيث قابليتها للاستهلاك : تنقسم الأشياء إلى أشياء إستهلاكية وأشياء غير إستهلاكية.

- ومن حيث كيفية تعيينها : تنقسم الأشياء إلى أشياء معينة بالذات أي أشياء قيمية ، وأشياء معينة بالنوع أي أشياء مثلية .

ونقوم فيما يأتي بدراسة الأشياء باعتبارها محلاً للحق بالتعرض لهذه التقسيمات الثلاث كل في مبحث على حدة ، وذلك على الوجه الآتي :

تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات :-

تقسيم الأشياء إلى أشياء قابلة للاستهلاك و أشياء غير قابلة للاستهلاك .

تقسيم الأشياء إلى أشياء قيمية وأشياء مثلية.

٥-٢-٢-٢-١ العقارات و المنقولات:-

(Real Estate and Movables)

العقار بطبيعته هو كل شيء ثابت مستقر بحيث لا يمكن نقله دون تلف أو تغيير في هيئته ، سواء أكان هذا الثبات والاستقرار طبيعياً يرجع إلى أصل الشيء ، أي ذاته وأصل خلقته ، وهذا ما يصدق على الأرض ، أو كان يرجع إلى تدخل الإنسان ، كالمباني والأشجار والنباتات عامة طالما اندمجت بالأرض إندماج قرار وثبات ، وتسمى هذه العقارات الأخيرة عقارات بالإندماج أو الإلتصاق مقابل تسمية العقارات الأولى عقارات بذاتها أو بحسب أصلها ، بناء على ذلك يعتبر عقاراً بطبيعته كلاً من الأرض ، والمباني ، والنباتات.

فالأرض عقار بطبيعته وهى الأصل في ذلك لأنها الشيء الوحيد الذي يكون ثابتاً مستقراً بذاته أي بحسب أصله وطبيعته أما العقارات الأخرى فتستمد هذه الصفة العقارية نتيجة إتصالها وإندماجها بها .

المباني تعتبر عقارات طالما اتصلت بالأرض اتصال قرار بحيث لا يمكن نقلها من مكانها دون تلف أو تغيير في هيئتها ، وهي عقارات بالاندماج وليس بذاتها أو بحسب أصلها.

و كذلك النباتات والمزروعات تعتبر عقارات بطبيعتها طالما امتدت جذورها في باطن الأرض واندمجت بها إذ تكتسب صفة الثبات والاستقرار.

أما العقار بالتخصيص فهو منقول بطبيعته يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمته واستغلاله وحتى يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص لابد من توفر شرطين الأول أن يكون مملوكاً لمالك العقار والثاني أن يرصد لخدمه ذلك العقار أو استغلاله.

أما المنقول فهو كل شيء غير ثابت في موضعه وإنما يمكن نقله من مكانه دون أن يعتريه تلف أو تغيير في هيئته يعتد به كالسيارات و الأثاث و المعدات.

٥-٢-٢-٢-١-١ أهمية التمييز بين العقارات والمنقولات : -

التمييز بين العقارات والمنقولات يترتب عليه العديد من النتـائج المهمـة ، يرجع إلى الطبيعة الخاصة للعقار وكونه ثابتاً مستقراً لا يقبـل الحركـة علـى خلاف المنقول .

ونوضح فيما يأتي بعض مظاهر النتائج القانونية التي تترتب على التمييـز بين العقارات والمنقولات :

١- بعض الحقوق العينية ، الأصلية والتبعية ، لا ترد إلا على عقار ، كحق الارتفاق وحق الرهن الرسمي.

٢- يشترط لانتقال ملكية العقارات تسجيل سندها ، بينمـا يكفـي مجـرد التراضي لانتقال ملكية المنقولات بحسب الأصل العام .

٣- الحماية التي تضيفها دعاوى الحيازة الثلاث : دعوى منع التعـرض ، ودعوى استرداد الحيازة ، ودعوى وقف العمل الجديد تقتصر على حائز العقار دون حائز المنقول إكتفاء بالحماية التي تضيفها عليه قاعدة الحيازة في المنقـول سند الحائز بمعنى أن حيازة المنقول دليل على ملكيته ما لم يثبت العكس.

٤- إجراءات الحجز والتنفيذ على المنقول أبسط وأيسر من إجراءات الحجز والتنفيذ على العقار.

٥- تميز القوانين الداخلية عادة بين الوطنيين والأجانب فيما يتعلق بتملـك العقارات دون المنقولات بحسب الأصل العام.

٦- تتسم أحكام الولاية على المال بالتشدد والتقييد في حالة التصرف فـي عقارات الخاضع للولاية عنها في حالة التصرف في منقولاته.

دعوى منع التعرض :

يتم رفع هذه الدعوى في حالة تعرض الغير للحائز في حيازته و لم يصل الأمر إلى الاغتصاب الكامل للحيازة و ذلك بطلب منع تعرضـه للحـائز فـي حيازته شرط أن تكون الحيازة هادئة و مستقره و مر عليها أكثر من عام.

دعوى استرداد الحيازة :-

تتم في حاله إغتصاب الغير لحيازة الحائز و ذلك بطلب استرداد الحيـازة إلى الحائز الأصلي و تمكينه من الحيازة و منع تعرض الغير له في ذلك.

دعوى وقف العمل الجديد :

تتم إذا شرع شخص في القيام بأعمال يخشي لأسباب معقولة إذا تركت تتم أن تصبح تعرضاً لحيازة المدعى ، و يشترط في الدعاوى الثلاث أن ترفع فـــي خلال سنه.

٥-٢-٢-٢-٢ الأشياء المثلية والأشياء القيمية:-

(Fungibles and Irreplaceable Items)

" تنقسم الأشياء من حيث تماثلها بالقدر الذي يمكن معه أن يقوم بعضها مقام بعض في التعامل إلى أشياء مثلية وأشياء غير مثلية تسمى عادة بالأشياء القيمية ونوضح فيما يأتي المقصود بكل منها و أهمية التمييز بينهما:-

٥-٢-٢-٢-٢-١ الأشياء المثلية:-

(Fungibles / Replaceable Items)

الأشياء المثلية ، كما عرفتها المادة (١/٢٨) من القانون المـــدني الكـــويتي والتي تنص علي أن (الأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو تقاربت بحيـــث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به ، وتقدر فـــي التعامـــل بالعد أو الكيل أو الوزن أو القياس) ويقابل هذا الـــنص فـــي التقنـــين المـــدني المصري نص المادة ٨٥ .

ومن أمثلة الأشياء المثلية التي تتعين بالوزن ، والتي تـــسمى الموزونـــات حديد التسليح ، ومن أمثلة الأشياء المثلية التي تتعين بالقياس ، والتـــي تـــسمى بالمقايسات الأسلاك والأنابيب

٥-٢-٢-٢-٢-٢ الأشياء القيمية :- (Irreplaceable Items)

الأشياء القيمية هي أشياء غير متماثلة ، وإنما تتفاوت آحادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به عرفاً أو يندر وجود آحادها في التداول ، فالأشياء القيميـــة تتميز بأن آحادها تختلف اختلافاً بيناً ، بحيث لا يقوم بعضها مقام بعـــض فـــي التعامل ، لذلك يتعين كل منها بذاته وليس بجنسه ، ويتم ذلك بتحديد الـــصفات التي تميزه عن غيره ومن أمثلة الأشياء القيمية المنازل والأراضـــي والتحـــف واللوحات الفنية و الحيوانات، وتعد العقارات - بحسب الأصل - من الأشـــياء القيمية ولا يستثنى من ذلك سوى بعض الحالات القليلة التي تتماثل فيها بعـــض قطع الأراضي تماثلاً تاماً إن وجد .

أهمية التمييز بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية :-

إن تقسيم الأشياء إلى مثلية و قيمية له أهمية قانونية تظهر في العديد من المسائل نذكر منها :

١- نقل ملكية المنقول : يتم بمجرد العقد إذا كان قيمياً ، بينما يشترط إفرازه إذا كان مثلياً .

٢- أثر هلاك الشيء نتيجة قوة قاهرة : إذا كان الشيء قيمياً يسقط الالتزام بنقل ملكيته لاستحالة الوفاء به ، وتبرأ ذمة المدين ، أما إذا كان الشيء مثلياً كمبلغ من النقود ، فلا ينقضي الالتزام ، لأن المثليات لا تهلك ، بل يوجد دائماً منها .

٣- المقاصة القانونية : لا تقع إلا بين الأشياء المثلية ، كالنقود والأشياء المتماثلة في النوع والجودة ، ولا تقع بين الأشياء القيمية .

٤- الوفاء : إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً فلا يتم الوفاء إلا بذات الشيء القيمي المتفق عليه ويترتب علي ذلك أن هلاك الشيء القيمي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينتقضي، أما إذا كان محله شيئاً مثلياً ، فإن المثليات يحل بعضها محل بعض في الوفاء.

٥-٢-٢-٢-٣ الأشياء القابلة للاستهلاك و الأشياء غير القابلة للاستهلاك:-

(Consumable & Inconsumable Items)

" الأشياء القابلة للاستهلاك هي الأشياء التي لا يتحقق الانتفاع بها إلا باستهلاكها أو إنفاقها ، فهذه الأشياء لكونها لا تقبل الاستعمال المتكرر ، بل يطغى عليها طابع الاستهلاك ، يختلط فيها الاستعمال بالتصرف فينحصر استعمالها في استهلاكها ، حيث لا يتصور أن يكون للشخص الحق في استعمال هذه الأشياء دون أن يكون له الحق في التصرف فيها ، ومن أمثلتها المأكولات والمشروبات ، وكل ما يعد في المتاجر للبيع والاستهلاك.

"الأشياء غير القابلة للاستهلاك هي الأشياء التي لا تهلك باستعمالها مرة واحدة ، بل تقبل الاستعمال المتكرر ، وإن ترتب على ذلك نقص قيمتها أو هلاكها مع إمتداد استعمالها ، فهذه الأشياء تتميز بأن استعمالها ينفصل عن التصرف فيها ، إذ معها يطغى استعمالها على استهلاكها ، لذلك تسمى الأشياء غير الاستهلاكية".

٥-٢-٢-٢-٣-١ أهمية التمييز بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك :-

يترتب على تحديد ما إذا كان الشيء محل التعامل قابلاً للاستهلاك أو غير قابل للاستهلاك بعض النتائج والآثار القانونية التي تدور حول الفكرة الأساسية التي تميز بين هذين النوعين من الأشياء وهي أن الأشياء القابلة للاستهلاك لكونها تهلك بمجرد استعمالها فلا يتصور أن يكون للشخص حق استعمالها والانتفاع بها فقط إذ يجب أن يكون له حق التصرف فيها ، وذلك بعكس الأشياء التي تستعمل فهي غير القابلة للاستهلاك فيمكن بالنسبة لها الفصل بين الحق في استعمالها والانتفاع بها وبين حق التصرف فيها.

٥-٣ أحكام الحق:- (Rules of Rights)

٥-٣-١ مصادر الحق: - (Sources of Rights)

" عرفنا أن الحق مركز قانوني يخول صاحبه ميزة الاستئثار بشيء أو أداء معين ، ويكفل له السلطات اللازمة لاقتضاء هذه الميزة ، أي أن الحق لا يوجد إلا إذا قرره القانون ، وعلى ذلك يمكن القول إن القانون هو الذي ينشئ الحقوق وينظمها ويحميها ، فهو إذن مصدر هذه الحقوق ."

وهناك من أسباب التي تؤدي إلى منح بعض الحقوق لشخص دون غيره و هذه الأسباب هي المصادر المباشرة للحقوق ، ويطلق عليها اصطلاح "الوقائع القانونية" ، وعلى ذلك يمكن اعتبار الواقعة القانونية المصدر المباشر للحق.

٥-٣-١-١ الواقعة القانونية:- (Legal Event)

يمكن تعريف الواقعة القانونية بأنها كل أمر يرتب القانون على حدوثه أثراً معيناً ، فيكون بذلك سببا لنشوء الحق أو نقله أو تغييره أو انقضائه ، ويمكن تقسيم الوقائع القانونية إلى وقائع طبيعية ووقائع إختيارية.

١- الوقائع الطبيعية : هي الأمور التي تحدث دون تدخل من الإنسان ويترتب على وقوعها نتائج قانونية بمعني أن تكون من فعل الطبيعة .

والأمثلة على الوقائع الطبيعية كثيرة يصعب حصرها ، منها : العواصف ، والزلازل ، والبراكين ، والسيول ، وفيضان الأنهار ، والجفاف ، والحرائق ، والموت ، والقرابة ، والالتصاق ، وانهدام منزل ، وغير ذلك إذا رتب القانون عليها آثاراً قانونية ".

٢- الوقائع الاختيارية : يقصد بها الأمور التي تحدث نتيجة تدخل الشخص فيترتب على وقوعها نتائج قانونية . ويمكن التمييز في هذه الوقائع الاختيارية بين "الأعمال المادية" و"التصرفات القانونية" وذلك على النحو التالي :

أولاً –الأعمال المادية :

هي الأفعال التي تصدر عن الإنسان فيرتب القانون على وقوعها آثاراً قانونية سواء انصرفت إرادة الشخص إلى إحداث هذه الآثار أو لم تنصرف إرادته إلى ذلك ، فالقانون حين يرتب هذه الآثار إنما يضع في اعتباره وقوع الفعل نفسه ، دون نظر إلى إرادة فاعله . ومن أمثلة الأعمال المادية :-

١- الفعل الضار : وهو الفعل الذي يرتكبه الشخص فيحدث بسببه ضرراً للغير كمن يتسبب بإهماله في إلحاق الضرر بالآخرين ، فقد رتب القانون على هذا الفعل أثراً قانونياً ، هو إنشاء حق للمضرور في مواجهة مرتكب الفعل الضار ، يمكنه بمقتضاه أن يطالبه بإصلاح الضرر أو التعويض عنه ، وذلك دون نظر إلى إرادة الفاعل ، فسيان أن يكون قد قصد إيقاع الضرر أو لم يقصد إليه .

٢- الفعل النافع : وهو العمل الذي يقوم به شخص فيؤدي إلى إثرائه على حساب آخر ، أو إلى افتقاره وإثراء شخص آخر.

ثانيا – التصرفات القانونية :

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الحق أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه أو استناد الحق إلى إرادة الشخص وهو المعيار الذي يميز التصرف القانوني عن غيره من مصادر الحق وسلطان الإرادة هو الذي يعين حدود الحق في نطاق النظام العام وحسن الآداب وهذه التصرفات القانونية قد تصدر من جانب واحد كما تصدر من الجانبين :

١- التصرفات الصادرة من جانب واحد: قد يكون اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني مسلكا لشخص واحد يعبر عن إرادته المنفردة كما هو الحال في الإقرار والوصية والوقف فالأثر القانوني هنا لا يتوقف على قبول طرف آخر.

٢- التصرفات الصادرة من الجانبين : في هذه التصرفات لا يكفي اتجاه الإرادة المنفردة إلى إحداث الأثر القانوني بل لابد أن يكون هناك اتفاق إرادتين وارتباطهما على إحداث أثر يرتبه القانون مثل عقد البيع والإيجار والمقاولة والرهن وغيرها .

ومن بين المصادر المختلفة للحق هناك مصدر يحظى بأهمية خاصة وهو الفعل الضار الذي يرتب المسئولية المدنية والحق في التعويض لذلك سنكتفي بالإشارة إلى هذا المصدر على الوجه الآتي:

٥-٣-١-٢ الفعل الضار أو المسئولية المدنية:-

الفعل الضار يعد من المصادر الهامة للحقوق والالتزامات، فإذا أصاب شخص شخصاً آخر بضرر تقرر للمضرور حقاً يلتزم به المتسبب في الضرر، مضمونه جبر و تعويض هذا الضرر. و هكذا ينشئ الفعل الضار حقاً في تعويض الأضرار التي يلحقها هذا الفعل بالغير، عن طريق مساءلة من صدر منه هذا الفعل الضار دون وجه حق، و ذلك ما يسمى في فقه القانون بالمسئولية المدنية.

والمسئولية المدنية هي جزاء الفعل الضار ، أي الفعل الذي يلحق ضرراً بالغير ، وهي في ذلك تختلف عن المسئولية الجنائية التي تتقرر على كل من يلحق ضرراً بالمجتمع ، فهي جزاء الإضرار بمصالح المجتمع ، وليس بمصالح الأفراد ، كما هو الحال في المسئولية المدنية .

وتنقسم المسئولية المدنية إلى مسئولية عقدية ، إذا كان هناك عقد يربط بين المضرور والمسئول عن الضرر ، ومسئولية غير عقدية تتقرر في غير الحالة السابقة أي تفترض عدم وجود علاقة عقدية تربط المضرور ، بالمسئول عن ذلك الضرر ويطلق الفقه على هذه المسئولية تسمية المسئولية التقصيرية .

وللمسئولية التقصيرية عدة صور ، تختلف باختلاف مصدر الفعل الضار الذي سبب الضرر ، فهذا الفعل إن كان صادراً من شخص المسئول المطالب بالتعويض ، نكون بصدد مسئولية عن الأعمال الشخصية ، وإن كان صادراً عن شخص من الغير ، فنواجه ما يسمى بالمسئولية عن فعل الغير .

وأخيراً قد يكون الفعل الضار صادراً من شيء حي كالحيوان أو غير حي كالجمادات مثل العقارات والسيارات ، فنكون بصدد المسئولية عن الأشياء .

ويجدر التنويه إلى أن المسئولية التقصيرية في حالاتها أو صورها الثلاث السابقة تفترض أصلاً صدور فعل خاطئ من المسئول ، فهي مسئولية عن الخطأ أو تقصيرية كقاعدة عامة .

والأصل ألا تتقرر المسئولية في الحالات السابقة وغيرها إذا كان فعل المتسبب في الضرر غير خاطئ- بيد أن المشرع الكويتي خرج على هذا

الأصل في حدود ضيقة محدودة قرر فيها إلزام من أحدث الضرر بالتعويض الذي يتمثل في الدية الشرعية ، حتى ولو لم يكن الفعل الصادر منه خاطئاً ، مقيماً بذلك نظاماً للضمان إلى جانب نظام المسئولية وقاصراً إياه على الضرر أو الأذى الذي يصيب النفس دون المال ، على الوجه الذي سنراه.

صور المسئولية التقصيرية:

أولاً: المسئولية عن الأعمال الشخصية : "تتقرر المسئولية عن الأعمال الشخصية عندما يصدر من الشخص فعل خاطئ يلحق ضرراً بالغير . وفي ذلك تقرر المادة (١/٢٢٧) من القانون المدني الكويتي أن (كل من أحدث بفعله الخاطئ ضرراً لغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً) ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٦٣. ويتضح لنا من النص المذكور أن أركان هذه المسئولية ثلاثة وهي : فعل خاطئ وضرر ، ورابطة سببية بينهما".

أركان المسئولية عن الأعمال الشخصية:-

أ) الفعل الخاطئ (الخطأ):

" لا يكفي لتحقق مسئولية الشخص عن فعله الضار صدور فعل منه أيا كان هذا الفعل ، بل يلزم أن يكون الفعل خاطئاً ، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر الذي لحق بالمضرور قد تم عن طريق المباشرة أم التسبب ، ويقع عبء إثبات الخطأ على من يدعيه ، أي على المضرور.

والمقصود بالخطأ الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد ، فكل فعل يصدر من المسئول ولا يتفق مع فعل وسلوك الشخص العادي الذي يتواجد في نفس ظروف المسئول الخارجية يكون فعلاً خاطئاً موجباً للمسئولية ، فتقوم المسئولية ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ حتى ولو كان غير مميز .".

ب) الضرر :

الضرر ركن أساسي في المسئولية المدنية ، إذ لا تعويض إلا عن الضرر الذي أحدثه المسئول بالمضرور، والمقصود بالضرر ما لحق بالمضرور من خسارة وما فاته من كسب. وتشمل المسئولية التعويض عن كل الضرر الذي أصاب المضرور ، سواء كان ضرراً مادياً أو أدبياً ، والضرر المادي هو الذي يصيب الإنسان في نفسه نتيجة المساس بحياته أو بحريته أو بعرضه أو بشرفه

أو بسمعته أو بمركزه الاجتماعي أو الأدبي أو باعتباره المالي ، كما يشمل الضرر الأدبي ما يصيب الشخص من حزن وأسى وما يفقده من عاطفة الحب والحنان نتيجة موت عزيز عليه ، ويقع إثبات الضرر ومداه على المدعي، أي المضرور.

حـ) علاقة السببية :

يشترط لقيام المسئولية المدنية أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور قد جاء نتيجة الفعل الخاطئ الصادر من المسئول ، وبمعنى آخر ، أن تكون هناك رابطة سببية بين الخطأ والضرر . فإذا انتفت هذه السببية بأن كان الضرر يرجع إلى سبب أجنبي عن المدعى عليه في دعوى المسئولية كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور ، فلا مسئولية ولا تعويض . وتنعدم المسئولية أيضاً إذا كانت علاقة السببية بين الخطأ والضرر علاقة بعيدة غير مباشرة، بحيث يتعذر معها إسناد الضرر إلى المدعى عليه .

ولا يقع على المضرور إثبات توافر علاقة السببية ، إذ يفترض توافرها بمجرد ثبوت خطأ المدعى عليه ، الذي يقع عليه عندئذ هدم هذا الافتراض بإقامة الدليل على عدم توافر علاقة السببية بين فعله والضرر ، إما بإثبات أن الضرر الذي أصاب المضرور ضرر غير مباشر ، لم يترتب مباشرة على فعله ، وإما بإثبات السبب الأجنبي ".

ثانياً (المسئولية عن فعل الغير):

إذا كان الأصل أن الشخص لا يسأل إلا عن فعله الشخصي ، ولا يسأل عن الفعل الضار الصادر من غيره ، فإن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات التي قرر فيها المشرع مساءلة الشخص عن فعل الغير في حالات محددة ، يغلب فيها أن يكون المسئول الأصلي غير مقتدر ، فتقرر المسئولية عندئذ لتتيح للمضرور فرصة حصوله على التعويض الذي يجبر ما لحقه من ضرر ، فالهدف من هذه المسئولية تحقيق نوع من العدل الاجتماعي.

ولقد أورد القانون المدني الكويتي ثلاث صور توضح المسئولية عن فعل الغير هي:

١- مسئولية متولي الرقابة عن فعل الخاضع لرقابته.

٢- مسئولية المتبوع عن فعل تابعه.

٣- مسئولية الشخص عما يلقى أو يسقط من مكان يشغله.

ونظراً لأهمية الصورة الثانية فإننا سنلقى عليها الضوء فيما يلي:-

مسئولية المتبوع عن فعل تابعه :

المقصود بالمتبوع هو من تتوافر بينه وبين شخص آخر هو التابع علاقة تبعية ، يكون الثاني بمقتضاها تابعا للأول . وتقوم علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه .

فالجهة الإدارية تعتبر متبوعاً بالنسبة لموظفيها وعمالها ، وصاحب العمل أو صاحب المتجر أو المصنع يعتبر متبوعاً بالنسبة لمن يعمل لديه من عمال وخدم وسائقين ومستخدمين .

وإعمالاً لهذه المسئولية يسأل المتبوع تجاه المضرور عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في أثناء أداء وظيفته أو بسببها.

الشروط الواجب توافرها لقيام مسئولية المتبوع عن فعل تابعه :

١- توافر علاقة التبعية بين المتبوع وبين التابع المتسبب في الضرر.

٢- صدور فعل غير مشروع من التابع ، أي خطأ ، يستوجب المسئولية وفقاً للقواعد العامة في المسئولية عن الأفعال الشخصية ، فمسئولية المتبوع ترجع في أساسها إلى قيام وتحقق مسئولية التابع.

٣- أن يكون خطأ التابع قد صدر منه في أثناء أداء وظيفته ، أو بسببها ، بمعنى أن تكون هناك رابطة سببية بين وظيفة التابع وبين خطئه.

وقيام مسئولية المتبوع لا ينفي مسئولية التابع ، وإنما تقوم بجانبها ، ويكون للمضرور الخيار في الرجوع على أيهما.

فإن رجع المضرور على المتبوع، كان لهذا الأخير أن يرجع بما دفعه للمضرور على التابع.

ثالثا : المسئولية عن فعل الأشياء (الحراسة) :

تتعدد المسئولية عن الضرر الناجم عن الأشياء بتعدد واختلاف هذه الأشياء، فقد تكون أشياء حية أي حيوانات، أو أشياء غير حية أي جمادات، ويستوي في الأشياء غير الحية أن تكون عقارات أو منقولات، بناءات أو غير بناءات،

والمهم هو أن تكون هذه الأشياء ضارة أو خطرة، يخشى على الناس من أذاها، ولذلك فهي تتطلب عناية خاصة ممن يتولى أمرها ويسيطر عليها .

ولذلك نجد أن المشرع الكويتي يقرر في المادة (١/٢٤٣) من القانون المدني أن(كل من يتولى حراسة شيء ما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشيء ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٧٨ . وتتعدد الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها ، ومن أمثلتها السيارات والطائرات وغيرها من المركبات الأخرى والآلات الميكانيكية والسفن ، وكل شي آخر بحسب طبيعته أو بحسب وضعه مما يعرض للخطر .

حالة عملية:

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٧٣)

مسئولية صاحب البناء عما يحدثه البناء من أضرار بالغير:

طلب الرأي حول مسئولية مالك البناء عما يحدثه البناء من أضرار بالغير ومدى مسئولية المقاول عن تلك الأضرار.

إن المادة ١٧ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع تنص على أنه لو سقط بناء أورث الغير ضرراً، فإن كان البناء ماثلاً للانهدام أو فيه عيب أدى إلى سقوطه، وكان حارسه قد نبه إلى ذلك أو كان يعلم بحالة البناء أو ينبغي أن يعلم بها وجب الضمان.

وهذه المسئولية عن البناء تقوم على أساس الخطأ المفترض من جانب مالك البناء، أو حارسه، وهو الشخص الذي يوجد البناء في حيازته القانونية ويعتبر مسئولاً عن إدارته وصيانته. كما أنه لا يشترط لوجوب الضمان سقوط البناء كله أو تهدم معظمه. بل يسرى نص المادة كذلك ويجب الضمان بالنسبة لما يتساقط من أجزاء البناء بسبب القدم أو عدم الصيانة، أو نتيجة لعيب في البناء ذاته، متى نجم عن ذلك ضرر للغير، إذا ما ثبت أن تساقط بعض القطع من مساح البناية، قبل البدء بالإصلاح، كان هو الذي تسبب في الإتلاف.

أما إذا كان التلف المطلوب التعويض عنه لم يكن نتيجة تساقط المساح قبل البدء في إصلاح البناية، بل أثناء القيام بالإصلاح ذاته بواسطة المقاول الذي تعاقد معه، فإن هذا الأخير أي المقاول، هو الذي يجب عليه الضمان باعتباره

المسئول مدنياً عن الأضرار التي تقع من عماله بخطئهم وأثناء تأديتهم لعملهم أو بسببها، وذلك بالتطبيق للمادة ١٤ من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ سالف الذكر بتنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع.

(فتوى رقم ٥٠٨/٢ في ١٩٦٥/٢/٢٠) منشورات إدارة الفتوي والتشريع.

حالة عملية :

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٧٥)

أركان المسئولية العقدية هي الخطأ العقدي والضرر ورابطة السببية بينهما:

من المقرر قانوناً أن قيام المسئولية العقدية يتطلب توافر أركانها وهى الخطأ العقدي والضرر ورابطة السببية بينهما وأن عدم تنفيذ الالتزام عيناً أو التأخير فيه لا يوجب التعويض على المدين إذا أثبت الأخير أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب لا يد له فيه وذلك ما لم يتفق الطرفان على أن يتحمل المدين تبعة القوه القاهرة أو الحادث المفاجئ، كما أن التعويض في هذه الحالة يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (المواد ٢٩٣، ٢٩٥، ٣٠٠ من القانون المدني الكويتي) فإذا كان الثابت أن العطل الذي أصاب الجهاز التابع للحاسب الآلي (ups) موضوع التعاقد كان بسبب إنقطاع التيار الكهربائي وعودته بتردد عال جداً بفعل وزارة الكهرباء – أي أنه حدث نتيجة سبب أجنبي لا يد للشركة المتعاقدة فيه ولم يكن نتيجة الاستخدام الطبيعي أو عيوب ذاتية في الأجهزة ومن ثم ينتفي خطأ الشركة ويرتفع بالتالي التزامها بتعويض الوزارة عن التأخير في إصلاح وتشغيل الجهاز خاصة وأن العقد قد خلا مما يفيد الاتفاق بين الشركة والوزارة على تحمل تبعة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، ومن ناحية أخرى فإن الضرر الذي لحق بالوزارة وتطلب التعويض عنه لم يكن نتيجة طبيعية لما تدعيه الوزارة من عدم وفاء الشركة بالتزاماتها أو التأخير في الوفاء به لأنه بفرض صحة هذا الادعاء فقد كان في استطاعة الوزارة توقي هذا الضرر بتشغيل الحاسب الآلي باستخدام جهاز منظم التيار الكهربائي لحين إصلاح جهاز الحاسب الآلي وهو ما أكدته الشركة المتعاقدة وأيدها فيه تقرير الخبير خاصة، فضلاً عن أن مدة إصلاح الجهاز وتشغيله بمعرفة الشركة لم تتجاوز سبعة أيام وهى مده قصيرة من الممكن أن يتحملها جهاز التشغيل

الاحتياطي دون مشاكل وأن تتحمل الشركة تبعة ما قد يحدث نتيجة هذا التشغيل وعليه فإن مسئولية الشركة تنتفي لعدم توافر شروط المسئولية العقدية.

حاله عملية:

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٧٧) منشورات إدارة الفتوي والتشريع.

المسئولية العقدية تتحقق بعدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد ســواء كان التزاماً بتحقيق غاية أو ببذل عناية.

من المقرر أن المسئولية العقدية تتحقق إذا لم ينفذ المدين التزامه الناشئ من العقد، سواء كان التزاماً بتحقيق غاية أو ببذل عناية، والالتزام الأخيــر يكــون بعمل أي ببذل الجهد للوصول إلى غرض، ولو لم يتحقق، المهم أن يبذل المدين لتنفيذه عناية الشخص العادي، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره فإذا أخل المدين بهذا الالتزام حقت مساءلته بالتعويض واستخلاص توافر الخطأ الموجب للمسئولية العقدية هو مما تستقل به محكمة الموضــوع فــي حــدود ســلطتها التقديرية، والتي لها في ذلك السلطة التامة في تقدير الدلائل والمستندات والأخذ بما تطمئن إليه منها وطرح ما عداه، مادام حكمها يقوم على أسباب سائغة تكفى لحمله.(حكم التمييز الطعن ٨٩/٣١٤ تجــارى جلــسة ٩٠/٣/١٩) منــشورات المكتب الفني – وزارة العدل.

حالة عملية:

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٩٤) منشورات إدارة الفتوي والتشريع.

وفقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة ٦٦٦ من القانون المدني الكــويتي فــإن المقاول ملزم بتنفيذ العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة وفــي المــدة المتفق عليها فإذا لم يتم العمل قامت المسئولية عن الأضرار التي تلحق المرفق العام وتكون مسئولية تضامنية بين صاحب العمل والمقاول الرئيسي والمقــاول من الباطن مع من تسبب في الحادث من وكلائهم أو مستخدميهم أو عمالهم.

(حكم التمييز الطعــن رقــم ٨٩/٣٤٤ تجــارى جلــسة ١٩٨٩/١١/٢٠) منشورات المكتب الفني – وزارة العدل.

٥-٣-٢ انتقال الحقوق:- (Transfer of Rights)

" انتقال الحق يقتصر على الحقوق المالية نظراً لما لها من قيمة مالية تجعلها قابلة للتداول ، أما الحقوق غير المالية فهي بحسب الأصل لا تقبل الانتقال .

والحق ينتقل من صاحبه إلى شخص آخر يصبح صاحباً للحق ، أي دائناً ، بدلاً منه ، ويتم انتقال الحق بصفة أساسية عن طريق حوالة الحق ، وهي اتفاق بمقتضاه ينقل الدائن صاحب الحق (ويسمى المحيل) حقه تجاه مدينه (ويسمى المحال عليه) إلى شخص ثالث (يسمى المحال له) فيصبح دائنـاً بـدلاً منـه . وحوالة الحق قد تتم بمقابل ، أي معاوضة ، وقد تتم بدون مقابل أي تبرعاً.

وإعمالاً للمادة (٢٦٦) من القانون المدني الكويتي" أن لا محـل لاسـترداد غير المستحق ، إذا حصل الوفاء من غير المدين ، و ترتب عليه أن الـدائن ، وهو حسن النية ، تجرد من سند الدين ، أو مما كان يضمن حقه من تأمينـات ، أو ترك دعواه قبل المدين المدة التي لا تسمع الدعوى بعد انقضائها ، " لا تنفـذ حوالة الحق في مواجهة المدين إلا إذا قبلها أو أعلنت له ، ولا تنفذ الحوالة فـي حق الغير إلا إذا كانت نافذة في حق المدين ، فإذا كان نفاذها راجعاً إلى قبـول المدين فيتعين أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ، درءاً لشبهة الغش والتحايل ".

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٨٣) منشورات إدارة الفتوى والتشريع.

تعريف حوالة الحق:

حوالة الحق عقد بين المحيل وآخر، بموجبه يحيل الأول حقاً له فـي ذمـة مدين له إلى الثاني، وتنفذ الحوالة في حق المدين المحال عليه بقبولـه لهـا أو إعلانه بها، ومن وقت نفاذها لا يكون للمحال عليه إلا دائن واحد هو المحال له، فلا يحق الوفاء للمحيل الذي لا يجوز له التصرف في الحق مرة ثانيـه. (حكـم التمييز -الطعن رقم ٨٩/٨ تجارى جلـسة ١٩٨٩/٧/٥) منـشورات المكتـب الفني.

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٩٧) منشورات إدارة الفتوى والتشريع.

حوالة الحق – تعليقها على شرط واقف.

تتم حوالة الحق وفقاً للمادة ٣٦٤ من القانون المدني الكويتي بمجرد تراضي المحيل والمحال له، دون حاجة إلى رضاء المدين، ما لم تكن معلقة على شرط واقف فإنها لا تنعقد إلا بتحقق هذا الشرط، واستخلاص تحقق شرط قيام الحوالة من عدمه هو من مسائل الواقع. (حكم التمييز الطعن رقـم ٨٨/١٨٤ تجـارى جلسة ١٩٨٩/١/٣٠) منشورات المكتب الفني.

وتنص المادة ٣٦٨ من القانون المدني الكويتي على أن (ينتقل الحق إلـى المحال له بصفاته وتوابعه وتأميناته)، ومفاد ذلك أن انتقال حق المقاول الأصلي

قبل رب العمل إلى المحال له يتم مثقلاً بالامتياز المقرر قانونـاً للمقـاول مـن الباطن متى كانت هذه الحوالة قد تمت في تاريخ لاحق لإبرام عقد المقاولة مـن الباطن. (حكم التمييز في الطعن رقم ٩٢/٧٥ تجـارى بجلـسة ١٩٩٣/٢/٢٨) منشورات المكتب الفني.

(حكم التمييز الطعن ٩٠/٣١٤ تجارى جلسة ٩٢/٥/١١) منشورات المكتب الفني.

٥-٣-٣ انقضاء الحق :- **(Expiry of Rights)**

٥-٣-٣-١ الوفاء :-

الوفاء هو السبب الطبيعي لانقضاء الحق ، والمقصود هنا حـق الدائنيـة ، والوفاء يكون بحسب الأصل إختيارياً ، بأن يقوم المدين مختاراً بتنفيذ الالتـزام الذي يثقله ، فينقضي بذلك الحق الذي يقابله ، وقد يجبر المدين علـى الوفـاء بالتزامه ، طالما كان ذلك ممكناً ، فإن تعذر، بأن كان الوفاء يستلزم قيام المدين بنفسه بعمل معين ، كرسم لوحة فنية ، أو صناعة شيء معين ، فإن تنفيذ مثـل هذا الالتزام لا يكون عينياً وإنما عن طريق التعويض الذي يمكن تنفيذه جبـراً على المدين .

وقد يتم الوفاء بغير ما اتفق عليه ، وإنما بشيء آخر خلافه يقبله الـدائن ، وهذا ما يسمى الوفاء بمقابل ، ويلاحظ أن الحق كما ينقـضي بالوفـاء ، فإنـه ينقضي أيضاً باستحالة الوفاء ، إذا كانت هذه الاسـتحالة مطلقـة ، أي تتحقـق بالنسبة للجميع وليس المدين فقط ، فإذا التزم مهندس ببناء منزل لشخص آخـر في مكان معين ثم صدر قرار يمنع البناء في هذا المكان لنزع ملكيتـه للمنفعـة العامة يكون المدين بالالتزام أمام استحالة مطلقة ، ومن ثـم ينقـضي التزامـه وينقضي حق الدائن تبعاً لذلك.

٥-٣-٣-٢ إتحاد الذمة :-

"المقصود باتحاد الذمة أن تجتمع في نفس الشخص صفتا الدائن والمـدين ، فتكون هناك ذمة واحدة بدلاً من ذمتين" .

٥-٣-٣-٣ المقاصة :-

المقصود بالمقاصة إنقضاء الدين بقدر ما أصبح الدائن مديناً به لمدينه ، فإذا أصبح الدائن بحق شخصي مديناً في نفس الوقت لمدينه ، فإن حق الدائن ينقضي بقدر ما أصبح مديناً به لمدينه، طالما كان الدينان أو الحقان من نفس النوع.

فإذا كان (أ) دائناً لـ (ب) بمبلغ ١٠٠٠ دينار ثم أصبح (ب) دائناً لـ (أ) بمبلغ ٥٠٠ دينار فإن حق (أ) ينقضي في نصفه لوقوع المقاصة بين نصف حقه وحق مدينه".

٥-٣-٣-٤ الإبراء : -

للدائن صاحب الحق أن يبرئ مدينه بأن ينزل عن حقه دون مقابل ، فينقضي بذلك حقه ، ويتم الإبراء بإرادة الدائن وحدها دون حاجة إلى موافقة المدين الذي يكون له حق رد الإبراء ، ولأن الإبراء من التصرفات القانونية الضارة ضرراً محضاً فيتعين لصحته أن يكون الدائن المبرئ كامل الأهلية ".

٥-٣-٣-٥ هلاك محل الحق :-

" تنتهي الحقوق العينية الأصلية جميعها بهلاك الشيء الذي ترد عليه ، فحق ملكية منزل معين ، أو حق استعماله أو الانتفاع به ، ينقضي بهلاك هذا المنزل ، أما الحقوق التبعية ، فلكونها ترتبط بحق شخصي فإنها لا تنقضي إلا بانقضاء هذا الحق بأي صورة من صور انقضاء الحقوق السابق الإشارة إليها ".

٥-٣-٣-٦ حلول أجل الحق :-

" تنتهي الحقوق المؤقتة بأجل معين ، كحق الانتفاع أو حق الاستعمال ، بحلول الأجل المحدد لها.

٥-٣-٣-٧ تجديد الحق:-

"إذا استبدل حق جديد بحق قديم ، سواء بتغيير موضوعه أو محله ، أو بتغيير الدائن أو المدين ، فإن الحق القديم ينقضي ويحل محله الحق الجديد ".

تنقضي الحقوق بعدم استعمالها خمس عشرة سنة وهو ما يسمى بالتقادم المسقط ، وقد تقل المدة عن ذلك بالنسبة لبعض الحقوق بمقتضى نص خاص.

٥-٣-٤ استعمال الحق:- (Usage of Rights)

لكل حق مضمون معين يتحدد بما يمنحه لصاحبه من سلطات وقـدرات ، فحق الملكية يمنح المالك سلطات استعمال الشيء ، واستغلاله والتصرف فيـه ، وحق المعير يتمثل في سلطته في استرداد الشيء المعار بنهاية مدة الإعـارة .. وهكذا بالنسبة لسائر الحقوق الأخرى.

ولقد اعتنق القانون المدني الكويتي إلى جانب غيره من القـوانين العربيـة نظرية التعسف في استعمال الحق ونظمها في مادته الثلاثين بتقريـره : يكـون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منـه أو عـن وظيفته الاجتماعية ، وبوجه خاص :

ا- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة.

ب- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ج- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الـذي يلحق بالغير.

د- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف.

وكما هو واضح من النص لم يكتف المشرع الكويتي بتحديد معيـار عـدم مشروعية استعمال الحق ، أي معيار التعسف في استعماله ، وإنما أورد بجانب ذلك تطبيقات وصور هذا التعسف التي تعد أكثر أهمية ، وسوف نقوم فيما يأتي بتوضيح معيار التعسف ثم صوره .

أ) معيار التعسف في استعمال الحق :

فمن يتعسف في استعمال حقه يكون قد استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ، وبالتالي يكون قد أخطأ وتجب مسائلته.

ويتحقق التعسف في استعمال الحق ، وفقاً للمعيار العام الذي قررته المـادة (٣٠) من القانون المدني الكويتي إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية ، فكل حق يتقرر ليحقق غرضاً معيناً ، وطالما كان استعمال الحق في نطاق تحقيق الغرض منه ، ولم يخرج في ذلك عن وظيفته الاجتماعية يكون استعماله مشروعاً ولا يتضمن تعسفاً حتى ولو ترتب على ذلـك ضـرر للغير ، أما إذا انحرف الشخص في استعمال حقه عن الغرض الذي منح الحـق من أجله أو خرج في استعماله عن وظيفته الاجتماعية ، فإنه يكون قد تعسف في

استعماله لحقه ، أي أخطأ ، الأمر الذي يوجب مساءلته ، حتى ولو لم يكن قد تجاوز نطاق هذا الحق وإلى جانب ذلك المعيار العام فقد خص المشرع بالذكر أربعة صور أو تطبيقات رئيسية لهذا التعسف على ما سنرى .

ب) صور التعسف في استعمال الحق :

تنحصر أهم صور التعسف في استعمال الحق في تلك التطبيقات الأربعة التي عددتها المادة (٣٠) من القانون المدني الكويتي وهي :

١- عدم مشروعية المصلحة التي تترتب على استعمال الحق :

يتحقق التعسف في استعمال الحق إذا كانت المصلحة المقصود تحقيقها من هذا الاستعمال غير مشروعة ففي هذه الحالة لا يكون الحق جديراً بحماية القانون ، وتكون المصلحة في استعمال الحق غير مشروعة إذا كانت مخالفة للقانون أو النظام العام وحسن الآداب ، فإذا طلب المالك إخلاء منزله من مستأجر محتاجاً إليه والحقيقة أنه لم يفعل ذلك إلا لإخفاقه في دفع أجرة هذا المنزل فوق ما يسمح به القانون ، يكون بذلك مخالفاً للقانون ، ومن ثم متعسفاً في استعمال حقه في طلب الإخلاء.

ورب العمل الذي يفصل العامل بسبب نشاطه النقابي يكون متعسفاً في استعمال حقه، كذلك من يستأجر منزلاً لإدارته للدعارة أو لعب الميسر يكون متعسفاً في استعماله لحقه في الاستئجار.

٢- قصد الإضرار بالغير :

يتحقق التعسف في استعمال الحق إذا لم يقصد صاحبه سوى الإضرار بالغير ، وذلك كمن يقيم في عقار يملكه حائطاً أو يغرس أشجاراً لمجرد حجب الضوء أو الهواء عن جاره ، وتتوافر نية الإضرار بالغير إذا انتفت مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه ، فيعد ذلك قرينة على قصد الإضرار وتتحقق هذه الحالة من حالات التعسف في استعمال الحق بمجرد توافر قصد الإضرار بالغير ، حتى ولو أفضى استعمال الحق إلى منفعة لصاحبه.

٣- انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحقه بالغير:

إذا كانت المصلحة التي يراد تحقيقها من استعمال الحق تافهة أو قليلة الأهمية، لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق الغير من جراء هذا الاستعمال تحقق التعسف ولو كانت المصلحة مشروعة ، فيتحقق بذلك التعسف إذا كان

لاستعمال الحق طرق متعددة ، ولكن صاحبه اختار الطريقة الأكثــر إضـــراراً بالغير ، دون أن تحقق له نفعاً كبيراً ، ومن أمثلة ذلك المالك الذي يقيم في ملكه مدخنة بمكان يضر بجاره بينما كان في إمكانه إقامتها في مكان آخر ليس فيـــه إضرار بجاره ، ولا يقلل من المصلحة التي يبتغيها من إقامتها.

٤- الضرر الفاحش:

يندرج تحت هذه الحالة كافة صور مضار الجوار غير المألوفة التي تترتب على استعمال المالك لحقه ، فإذا لحق الجار ضرراً بـــسبب اســـتعمال المالـــك لحقه ، وكان هذا الضرر فاحشاً غير مألوف ، تحققت مسئولية المالك عن هـــذا الضرر ، وذلك كالأضرار التي تحدث للجيران نتيجة الدخان المتـــصاعد مـــن مصنع شيد في منطقة سكنية . أما إذا كان الضرر يسيراً فقد جرى العرف على التسامح فيه ولا يستوجب المسئولية .

٥-٤ إثبات الحق:- **(Proof of Rights)**

" المقصود بإثبات الحق إقامة الدليل أمام القضاء ، بالطرق المحددة قانوناً ، على صحة واقعة قانونية مدعى بها ، أو عدم صحتها".

وإثبات الحق أن يتم يتم بالطرق التي يجيزها القـــانون ، نظـــراً لخطـــورة النتائج المترتبة على إثبات الحق فالقانون رسم طرقاً وأدلة محددة يتعين إتباعها للتدليل على وجود الحق وطبقاً لأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي الصادر بالمرسوم رقم ٣٩ لسنه ١٩٨٠ وسنقسم دراسة عناصر إثبـــات الحق إلى ثلاثة أقسام هي محل الإثبات، عبء الإثبات و أدلة الإثبات ، وذلـــك كما يلي :-

٥-٤-١محل الإثبات:-

١- الإثبات ينصب على الواقعة المنشئة للحق : سبق أن علمنا أن مصادر الحق تتمثل في الوقائع القانونية التي يرتب القانون على حدوثها نشوء الحـــق. وهي على نوعين إما تصرفات قانونية ، كالعقد وغيره من التصرفات القانونية التي تتم بإرادة منفردة ، أو وقائع مادية ، كواقعة الميلاد والوفاة والفعل النـــافع والفعل الضار غير المشروع. ومعنى ذلك أن الإثبات لا ينصب على الحق ذاته وإنما على الواقعة القانونية المنشئة له أي على مصدره .

٢- الإثبات يقتصر على حـــدوث الواقعـــة المنـــشئة للحـــق دون حكمهـــا القانوني :

الإثبات الذي يقع على صاحب الحق أو المدعي بصفة عامة ، يقتصر على التدليل على حدوث الواقعة القانونية مصدر حقه ، دون أن يطلب منه إثبات الحكم القانوني لهذه الواقعة، أي إثبات القاعدة القانونية التي تجعل هذه الواقعة مصدراً للحق ، فهذه تعد من مسائل القانون التي يفترض علم القاضي بها ، فإذا ادعى شخص أن له حقاً في تعويض الأضرار التي لحقته نتيجة حادث سيارة تعرض له فيكفيه أن يثبت أن الضرر الذي لحقه جاء نتيجة حادث سيارة مملوكة للغير ، وليس عليه أن يثبت للقاضي النص القانوني الذي يقرر المسئولية عن الأضرار الناجمة عن حوادث السيارات .

واستثناءاً من الحكم السابق فإن الشخص قد يلزم– في بعض الحالات – بإثبات الحكم القانوني للوقائع التي يدعيها ، عندئذ يقع على الشخص إثبات الواقعة القانونية ، وكذلك حكمها ، من هذه الحالات :

– إذا تمثل حكم القانون في عرف محلي ، وليس عرفاً عاماً أو شاملاً ، عندئذ قد يتعذر على القاضي الوقوف على جميع الأعراف المحلية ، ومن ثم فلا تثريبَ عليه إن طلب من المدعى التدليل على القاعدة العرفية المحلية التي تطبق على النزاع ، فهو بذلك يطلب المساعدة والمعاونة في الوصول إلى حكم القانون.

– إذا كان القانون الواجب التطبيق إعمالاً لقواعد الإسناد ليس القانون الوطني وإنما قانون أجنبي ، فقد ذهبت بعض أحكام القضاء إلى أن إثبات حكم القانون الأجنبي يقع على من يطلب تطبيقه ، إذ يستحيل على القاضي عملاً العلم بجميع أحكام القوانين الأجنبية التي تقضي القواعد الاستفادة بتطبيقها ، ووفقاً لهذا الاتجاه فإن القانون الأجنبي يأخذ حكم وقائع الدعوى فيقع إثباته على الخصوم.

والواقع أن قيام الخصوم بإثبات حكم القانون الأجنبي لا يرجع إلى اعتباره في حكم وقائع الدعوى ، وإنما يرجع إلى اعتبارات عملية تتمثل في صعوبة علم القاضي بجميع القواعد القانونية المحلية والدولية ، لذلك يمكن افتراض علم القاضي بحكم القانون الأجنبي الأمر الذي يجيز له أن يطلب من الخصوم إقامة الدليل على حكم القانون الأجنبي سواء في وجوده، أو في مضمونه .

وهكذا يمكن إرجاع الحالات التي يلزم فيها المدعي بإثبات الحكم القانوني للوقائع التي يدعيها مصدراً لحقه إلى تعذر علم القاضي بحكم القانون في هذه

الحالات ، لذلك يكون من مصلحة المدعي معاونة القاضي فـــي العلـــم بحكـــم القانون.

٥-٤-٢عبء الإثبات :-

" تقضي القاعدة العامة في الإثبات بأن المدعي يقع عليه عبء إثبـــات مـــا يدعيه ، وفي ذلك تقرر الشريعة الإسلامية أن : "البينة على من ادعى واليمـــين على من أنكر" فعبء الإثبات يقع إذن على المدعي.

ولما كان عبء الإثبات يتحمله المدعي فإن دور القاضي يكـــون بحـــسب الأصل – سلبياً ، فلا يلزم بالبحث من تلقاء نفسه عن الأدلة التي تؤيد ما يعرض عليه من وقائع ، وهذا ما يطلق عليه مبدأ حياد القاضي .

ويترتب على مبدأ حياد القاضي مبدأ آخر هو مبدأ المجابهـــة بالـــدليل ، أو حضورية الأدلة ، الذي يقضي بعرض كل دليل يقدمه أحد الخصوم على الخصم الآخر لمناقشته ، وإذا كان عبء الإثبات يقع على المدعي فإن ذلك لا يعني أن يصطنع دليلاً لنفسه ، كما لا يجوز له أن يجبر خصمه على تقديم دليـــل ضـــد نفسه بحسب الأصل العام .

بذلك تكون موضوعات دراستنا لعبء الإثبات على الوجه الآتي :

أولاً : مبدأ البينة على من ادعى .

ثانياً : مبدأ حياد القاضي.

ثالثاً : مبدأ المجابهة بالدليل .

رابعاً: عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه.

٥-٤-٢-١ مبدأ البينة على من ادعى:-

(Burden of Proof on Claimant)

تقضي القاعدة الشرعية بأن : " البينة على من ادعى " والمقـــصود بالبينـــة إقامة الدليل على صحة الإدعاء ، وقد عبرت المادة الأولى من قانون الإثبـــات عن ذلك بقولها : على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منـــه ، وعلى الرغم من أن النص يواجه إثبات الالتزام ، فإنه يمثل مبدأً عامـــاً يطبـــق على كل حالات الإثبات ، ليس على الروابط المالية فحسب وإنما علـــى جميـــع الروابط القانونية ، ويقضي هذا المبدأ بأن عبء الإثبات يقع على المدعى .

وعلى ذلك فالمدعي في مجال الإثبات ليس بالضرورة هو رافع الدعوى ، بل قد يكون المدعى عليه في الدعوى المقامة طالما استند في دفاعه لخلاف الأصل ، و"الأصل" الذي لا يكلف المدعي بإثباته هو الوضع الثابت أو الظاهر ، سواء كان ظاهراً أصلاً ، أو عرضاً أو فرضاً ، وعلى ذلك فإن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت أو الظاهر أصلاً ، أو عرضاً ، أو فرضاً.

الوضع الظاهر أصلاً:

الوضع الظاهر أصلاً هو الوضع المألوف والمعتاد الذي يعبر عن طبيعة الأشياء ، والأمثلة على الوضع الظاهر أصلاً كثيرة منها :

- الأصل براءة الذمة ، فإن ادعى شخص أنه دائن لآخر بدين ما ، فإنه يدعي على خلاف الظاهر أصلاً فيقع عليه عبء الإثبات ، أما من يتمسك بعدم المديونية فليس عليه إقامة الدليل على ذلك لأنه يتمسك بالوضع الظاهر أصلاً ، وهو براءة الذمة .

- والأصل في الأشياء السلامة ، فإذا ادعى شخص أن إرادته عند إبرام عقد ما كانت مشوبة بعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، فإنه يدعي بخلاف الظاهر أصلاً ، فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه.

الوضع الظاهر عرضاً:

هو الذي يناقض الوضع الظاهر أصلاً ، فإذا كان الأصل براءة الذمة ، فقد يتحمل شخص بالتزام ما يصبح معه مديناً ، فإذا ثبت ذلك انتفى الوضع الظاهر أصلاً أي براءة الذمة ، و أصبح الشخص مديناً عرضاً، فإذا ادعى براءة ذمته من هذا الدين الذي ثبت عرضاً ، فإنه يدعى خلاف الظاهر عرضاً ، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات براءة ذمته من هذا الدين على وجه التحديد.

الوضع الظاهر فرضاً أو حكماً :

هو الوضع الذي يفترضه المشرع عن طريق القرائن القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس ، والتي بمقتضاها ينتقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه.

ففي عقد الإيجار إذا ادعى المستأجر الوفاء بالأجرة عن مدة معينة يقع عليه إثبات ذلك ، ولقد قرر المشرع الكويتي في المادة ٥٨٧ من القانون المدني أن (الوفاء بالأجرة عن وحدة زمنية معينة ، يعتبر قرينة على الوفاء بالأجرة عن المدة السابقة ، ما لم يثبت المؤجر عكس ذلك).

فسداد الأجرة هنا افتراضاً حكمياً طبقاً لنص تلك المادة يقبل إثبات العكس ، فيجوز للمؤجر إذا ادعى عدم سداد المستأجر للأجرة عن المدة السابقة أن يثبت ذلك.

٥-٤-٢-٢ مبدأ حياد القاضي:-

(Principle of the Judge's Neutrality)

تبين لنا من عرضنا السابق لمبدأ البينة على من ادعى أن عبء الإثبات يقع على الخصوم بحيث يقتصر دور القاضي على تكوين اقتناعه من خلال ما يثبته كل خصم من وقائع ، ويمتنع عليه البحث عن الأدلة أو الحكم وفقاً لأدلة تحراها بنفسه وهذا ما يعبر عنه بمبدأ حياد القاضي .

ويقتضي مبدأ حياد القاضي أن يكون موقفه من عبء الإثبات سلبياً محضاً تنعدم معه سلطته التقديرية نحو أدلة الإثبات وقوتها ، وهذا يتمشى مع مذهب الإثبات المقيد الذي يحدد أدلة الإثبات وقوة كل منها ، وذلك على العكس من مذهب الإثبات الحر الذي يطلق سلطة القاضي نحو الإثبات وأدلته .

وقد أخذ المشرع الكويتي بمذهب وسط في الإثبات يقوم أساساً على مبدأ حياد القاضي ولكن يسمح له في بعض الحالات بدور إيجابي في الإثبات يتمثل في توجيه الدعوى ، واستكمال ما يعرض فيها من أدلة إثبات ، كأن يأمر بحضور الخصم لاستجوابه ، وأن يوجه اليمين المتممة لأحد الخصوم ، وأن يأمر بتعيين خبير ، أو يقرر انتقال المحكمة للمعاينة ، بذلك يكون مبدأ حياد القاضي هو الأصل في القانون الكويتي.

٥-٤-٢-٣ مبدأ المجابهة بالدليل:-

(Principle of Showing Evidence)

الإثبات واجب وحق في الوقت نفسه ، فكما يجب على الخصم الذي يدعي حقاً ما أن يثبت هذا الحق بإقامة الدليل على الواقعة المنشئة له ، فللخصم أيضاً الحق في أن يقدم ما لديه من أدلة مناقضة لما يدعيه غريمه ، من هنا كان المبدأ أن كل دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على خصمه لمناقشته وإبداء رأيه فيه ، وهذا ما يطلق عليه مبدأ المجابهة بالدليل أو مبدأ حضورية الأدلة .

وإعمالاً لهذا المبدأ فقد نصت المادة (٣/٤٢) من قانون الإثبات الكويتي على أنه: (إذا أذنت المحكمة لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود كان للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق).

ومن المسلم به أيضاً أن الدليل الذي لا يعرض على الخصوم لا يجوز الأخذ به ، كما لا يجوز للقاضي أن يقوم بمعاينة مكان النزاع في غيبة الخصوم ودون دعوتهم لحضور المعاينة ، ويجب دعوة الخصوم جميعاً لحضور إجراءات التحقيق والخبرة .

ويستوجب مبدأ المجابهة بالدليل على القاضي أن لا يقضي وفقاً لعلمه الشخصي ، فهذا العلم يعد دليلاً ، والدليل يجب أن يعرض على الخصم لمناقشته وإبداء الرأي فيه ، فيصير القاضي بذلك خصماً وحكماً وهذا لا يجوز لتعارضه مع ما يجب أن يكون للقاضي من هيبة واحترام ، كما يتعارض مع مبدأ حياد القاضي ، أخيراً يقضي مبدأ المجابهة بالدليل أن يوضح القاضي الوقائع التي استند إليها في حكمه وأدلة هذه الوقائع ، وإلا شاب حكمه عيب القصور في التسبيب مما يوجب تمييزه".

٥-٤-٢-٤ عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه:-

(Not to Force the Opponent to Provide Evidence Incriminating Himself):

تلزم القواعد القانونية في الإثبات المدعى بإقامة الدليل على ما يدعيه ، لذلك يجب على المدعي البحث بنفسه عن الأدلة التي تؤيد حقه وتقديمها للقاضي ، وليس له أن يطالب بإلزام خصمه بأن يعاونه في ذلك ، وبصفة خاصة ليس له – أي المدعى – أن يجبره على تقديم دليل تحت يده يضره ويستفيد منه هو – أي المدعي – فمن حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه ومستنداته الخاصة به ، وليس لخصمه أن يجبره على تقديم مستند لا يريد تقديمه.

بيد أن عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه لا يتعارض مع إمكان استفادة المكلف بالإثبات من دليل قدمه الخصم تلقائياً إلى القضاء في سبيله لإثبات دعواه ، فالخصم في هذه الحالة يكون قد قدم الدليل برضائه دون أن يجبر على ذلك ، ومن ثم يكون للقاضي أن يقدر دلالته الحقيقية أياً كان المستفيد منه ، وبصرف النظر عمن قدمه .

واستثناءاً من المبدأ السابق فقد أجازت المادة (٢٢) من قانون الإثبات لأحد طرفي الخصومة أن يطلب من القاضي إلزام الخصم الآخر بتقـديم أيـة أوراق منتجة في الدعوى تكون تحت يده ، وقد قصرت المادة المذكورة هذا الاسـتثناء على حالات محددة ، وبشروط معينة ، ووفق إجراءات نظمتها ، وذلـك علـى الوجه الآتي.

١- حالات الاستثناء:

حددت المادة (٢٢) من قانون الإثبات الكويتي ثلاث حالات أجازت فيهـا إلزام الخصم بتقديم الأدلة الموجودة تحت يده ، وهذه الحالات هي :-

أ- إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بـالأوراق التـي تحـت يـده أو تسليمها ، ومن الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك ما نصت عليه المادة (٣٣) من قانون التجارة الكويتي من أنه : يجوز للمحكمة عند نظر الدعوى أن تقـرر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحـد الخـصمين إبـراز الـدفاتر والأوراق التجارية للاطلاع على القيود المتعلقـة بالموضـوع المتنـازع فيـه وحـده ، واستخلاص ما ترى استخلاصه منها.

ب- إذا كانت الأوراق المطلوب تقديمها تمثل أدلة مشتركة بين الخـصمين كأن كانت لمصلحة الخصمين معا ، أو كانت مثبتـة لالتزاماتهمـا وحقوقهمـا المتبادلة .

حـ - إذا استند إليها الخصم في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

٢- شروط الاستثناء:

إذا توافرت حالة من الحالات السابقة فإن القاضي لا يلزم الخصم من تلقاء نفسه بتقديم الدليل الذي تحت يده ، وإنما يتعين أن يطلب الخصم الآخر ذلـك ، كما يتعين أن يتضمن الطلب البيانات الآتية:

ا- أوصاف الورقة المتضمنة للدليل المطلوب تقديمه .

ب- مضمون الورقة تفصيلياً .

ج- الواقعة المراد إثباتها بهذا الدليل .

د- الدلائل والظروف المؤيدة لوجود الورقة تحت يد الخصم .

هـ - وجه إلزام الخصم بتقديم الورقة.

٣- الإجراءات :

إذا استوفى الطلب المقدم من أحد طرفي الخصومة لإلزام خصمه بتقديم ورقة تحت يده تمثل دليلاً لصالحه ، فإما أن يقر الخصم بأن الورقة في حيازته ، وإما أن ينكر فإن أقر الخصم بأن الورقة في حيازته ، أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم الورقة ، في الحال ، أو في أقرب موعد تحدده.

- فإذا لم يقم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حددته المحكمة ، اعتبرت صورة الورقة التي قدمها الطالب صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها وموضوعها .

- وإن أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن الورقة لا وجود لها أو أنه لا يعلم بوجودها ولا مكانها وأنه لم يخفها أو لم يهمل البحث عنها ليحرم خصمه من الاستدلال بها فإذا امتنع الخصم عن حلف اليمين ، طبق الحكم السابق الذي قررته المادة (٣/٢٣) إثبات وهو اعتبار صورة الورقة التي قدمها الطالب صحيحة ومطابقة لأصلها ، فإن لم يكن قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها وموضوعها.

٣-٤-٥ أدلة الإثبات (Evidence of Proof) وموقف المشرع الكويتي والمصري منها:-

نظم المشرع الكويتي في قانون الإثبات الأدلة الآتية : الأدلة الكتابية، شهادة الشهود، القرائن، الإقرار، اليمين والمعاينة .

ونقوم فيما يأتي بدراسة هذه الأدلة جاعلين لكل منها مبحثاً خاصاً على الوجه الآتي :

١- الكتابة .

٢- شهادة الشهود.

٣- القرائن .

٤- الإقرار .

٥- اليمين .

٦- المعاينة ودعوى إثبات الحالة.

١- الكتابة :

تأتي الكتابة في الوقت الحالي في مقدمة أدلة الإثبات بسبب ما تقدمـــه مـــن ضمانات قوية لأصحاب الحقوق التي تثبتها. يتعين لاعتبار الورقة المكتوبة دليلاً للإثبات أن تنسب إلى شخص معين ، ووسيلة ذلك هو التوقيع عليها ، فـــالتوقيع على الورقة العرفية يفيد صدورها ممن وقعها وقبوله لما ورد بها من بيانـــات ، لذلك فالتوقيع هو الشرط الجوهري في الورقة العرفية ، بل إن بعض الفقه اعتبر شرطها الوحيد التوقيع.

أثر عدم التوقيع على الورقة العرفية :

نظراً لأن التوقيع هو الذي يسند الورقة العرفية إلى من تنسب إليه ، فـــإن الورقة غير الموقعة لن تنسب إلى أحد ومن ثم لا تكون لها حجية في الإثبات ، ما لم تتوافر فيها شروط "مبدأ الثبوت بالكتابة" الذي يشترط أن تكـــون الورقـــة مكتوبة بخط من نسبت إليه ، فيجوز في هذه الحالة الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، إعمالاً للمادة (٤١) من قانون الإثبات.

الحالات التي يجب إثباتها بالكتابة:-

يمكن رد الحالات التي يجب فيها الإثبات بالكتابة إلـــى الحـــالات الأربـــع الآتية :

أولا : التصرفات القانونية غير التجارية ، أي المدنية ، التي تزيد قيمتهـــا على خمسة آلاف دينار كويتي .

ثانيا : ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

ثالثا : الحالات الخاصة التي ينص عليها المشرع .

رابعا : الحالات التي يتفق عليها الأفراد.

ونظرا لأهمية الكتابة في إثبات التصرفات المدنية التي تزيد قيمتهـــا عـــن خمسة آلاف دينار كويتي فإننا سوف نتناوله بالدراسة فيما يلي :-

وجوب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية غير التجارية التي تزيد قيمتهـــا عن خمسة آلاف دينار كويتي.

الشروط الواجب توافرها :-

وفقا للمادة (٣٩) من قانون الإثبات ، إذا كان التصرف - في غير المـــواد التجارية - تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة ، فـــلا

تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفـــاق أو نـــص يقضي بغير ذلك ، وإذا حظر المشرع إثبات هذه التصرفات بشهادة الشهود فلا يكون أمام ذوي الشأن إلا الإثبات بالكتابة باعتبارها الدليل الذي يعد خصيـــصاً لإثبات التصرفات القانونية.

ومن نص المادة (٣٩) إثبات بعد تعديلها يتبين أن ثمة شروط يجب توافرها لتحقق هذه الحالة ، هذه الشروط هي :

الشرط الأول : أن تكون الواقعة محل الإثبات تصرفاً قانونياً :

الوقائع المختلفة التي تكون محلاً للإثبات إما أن تكون وقائع مادية وإما أن تكون تصرفات قانونية ، والثانية فقط ، أي التصرفات القانونية ، هي التي يلزم فيها الإثبات كتابة باعتبار أن طبيعتها تسمح بإعداد الدليل الكتابي مقـــدماً قبـــل حدوث النزاع.

أما الوقائع المادية كالفعل الضار والفعل النافع والحيـــازة وغيرهـــا فـــإن طبيعتها لا تسمح في الغالب بإعداد دليل بشأنها مقدماً وقبل حصول النزاع فيها ، لذلك فالأصل جواز إثبات هذه الوقائع بكل طرق الإثبات.

الشرط الثاني:أن يكون التصرف القانوني مدنياً وليس تجارياً :

يقتصر طلب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف دينار على التصرفات المدنية ولا يشمل التصرفات التجارية ، مراعاة من المشرع لما تتميز به المعاملات التجارية من سرعة وثقة وائتمان وذلك يتطلب عدم اشتراط الكتابة لإثباتها وإلا كان في ذلك عنت يعوق هذه المعاملات .

وتحديد ما إذا كان العمل مدنياً أو تجارياً يرجع فيه إلى القانون التجـــاري. فإذا كان التصرف القانوني مختلطاً بأن كان تجارياً بالنسبة لأحد طرفيه ، ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر ، فوفقا للمادة (١٢) من قانون التجارة تسري أحكام قانون التجارة على التزامات الطرف الآخر ، ما لم يوجد نص يقضي بغيـــر ذلـــك ، وعلى ذلك فإن قواعد الإثبات المدني هي التي تطبق في مواجهة من كان العمل مدنياً بالنسبة له ، بينما تطبق قواعد الإثبات التجارية في مواجهة من كان العمل تجارياً بالنسبة له ، فإذا أسند رب عمل إلى مقاول أعمال عقداً يزيد على خمسة آلاف دينار فإن عقد المقاولة يعد عملاً مدنياً بالنسبة لرب العمل ، ومن ثم فـــلا يمكن للمقاول أن يثبت في مواجهة رب العمل سداده للثمن إلا بالكتابة ، أما رب

العمل فيمكنه إثبات عقد المقاولة في مواجهة المقاول بجميع الطرق بمـــا فيهـــا الشهادة والقرائن.

الشرط الثالث: أن تزيد قيمة التصرف القانوني على خمـــسة آلاف دينـــار كويتي .

وذلك وفقاً للتعديل الأخير الذي قرره القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٧ بعد أن كان خمسمائة دينار ، وكان المشرع المصري يحدد التصرفات المدنيـــة التـــي يجب إثباتها كتابة بتلك التي تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً ، ورفع هذا الحـــد مؤخراً بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ إلى خمسمائة جنيه مصري .

فإذا كان التصرف غير محدد القيمة فقد اعتبره المشرع في حكم التصرفات التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف دينار كويتي من حيث وجوب الإثبات بالكتابة ويترك لقاضي الموضوع تقدير قيمة التصرف القانوني وله أن يلجأ إلـــى أهـــل الخبرة في ذلك .

وتكون العبرة في تقدير قيمة التصرف وفقاً للمادة (٣٩) إثبات بوقت نشأته لا وقت المطالبة به.

الشرط الرابع: أن يكون المطالب بالإثبات طرفاً في التصرف القانوني:

يتعين لاستلزام الكتابة في حالتنا الراهنة أن يكون الإثبات مطلوباً من أحـــد أطراف التصرف المراد إثباته كالبائع والمشترى في عقد البيـــع ورب العمـــل والمقاول ، في عقد المقاولة فإذا كان من يقع عليه عبء الإثبات ليس طرفاً في التصرف القانوني كان له إثباته بكل طرق الإثبات باعتبار أن العقد أو التصرف يكون واقعة قانونية بالنسبة له وليس تصرفاً قانونياً إذ لا يتهيـــأ لغيـــر طرفـــي التصرف إعداد دليل كتابي لإثباته.

الشرط الخامس : عدم وجود نص أو اتفاق يجيز الإثبات بغير الكتابة :

من ناحية أخرى فقد يتفق طرفا التصرف الذي تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار على جواز إثباته بغير الكتابة ، ذلك أن قاعدة إثبات التصرف الذي تزيـــد قيمته على خمسة آلاف دينار بالكتابة ليست من النظام العام فيجوز اســـتبعادها بالاتفاق.

٣- البينة أو شهادة الشهود:-

الشهادة هي إخبار الشخص في مجلس القضاء بواقعة صدرت عن غيره ويترتب عليها حق لغيره وقد ثبتت مشروعية الشهادة بالكتاب لقوله تعالى ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة:٢٨٢] وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق:٢]، كما ثبتت بالسنة النبوية لقوله صلى الله عليه وسلم (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) مالك:الموطأ ص ٥١٠.

والأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه ، وتكون الشهادة عادة شفوية يدلي بها الشاهد في مجلس القضاء.

وقد تكون الشهادة غير مباشرة وهي الشهادة السمعية حيث يشهد الشاهد هنا بما سمع عن غيره.

والشهادة السماعية أو غير المباشرة جائزة حيث يقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية وقد يراها تعدل الشهادة الأصلية في القيمة ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها (الوسيط في شرح القانون المدني د.السنهوري جـ٢ ص ٤١١ وما بعدها).

ونستعرض أولاً: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ثم نتبع ذلك ببيان لإجراءات شهادة الشهود.

(١) الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود:-

بينتها المواد ٦٠ حتى ٦٣ من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ حيث أوضحت المادة الأولى من تلك المواد الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل وهي الوقائع المادية، التصرفات التجارية، وأخيراً التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيهاً وأوضحت المادتين الأخيرتين رقمي ٦٣،٦٢ الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناء وهي وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، أو وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وأخيراً فقد السند الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه.

حيث نصت المادة ٦٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري على أنه:- (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك).

كما نصت المادة ٦١ من نفس القانون على أنه:- (لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه:_

أ- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي .

ب- إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباتـــه إلا بالكتابة.

ونصت المادة ٦٢ على أنه:- (يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة).

وأخيراً نصت المادة ٦٣ من نفس القانون على أنه:- (يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي:-

أ – إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

ب- إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه).

٢- إجراءات شهادة الشهود:-

حيث يلزم لإجابة طلب الإثبات بشهادة الشهود توافر شروط ثلاثة هي:-

أ- أن تكون الوقائع المطلوب إثباتها مما يجوز إثباته بشهادة الشهود.

ب- أن تتوافر في الوقائع المطلوب إثباتها الشروط التي يتطلبها القانون في الواقعة محل الإثبات بأن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزة قبولها.

جـ- ألا ترى المحكمة داعياً للتحقيق لأن الدعوى بها من الأدلة الأخرى ما يكفي لتكوين عقيدتها.

فإذا لم تتوافر الشروط الثلاثة السابقة كان للمحكمة إما من تلقاء نفـسها أو بنـاء علـى طلـب الخـصم أن تـرفض الإثبـات بـشهادة الـشهود. أما القواعد الواجب مراعاتها عند سماع الشهادة فتخلص في الآتي:-

أ- إحالة النزاع إلى التحقيق لسماع الشهود وتوجب المادة ٧١ من قانون الإثبات المصري أن تبين المحكمة في منطوق الحكم كل واقعة من الوقائع المطلوب إثباتها ليعلم كل خصم ما هو مكلف بإثباته أو نفيه وإلا كان باطلاً.

ب- حضور الشهود ويتم ذلك إما بناءً على طلب الخصوم أو بناءً على إعلان من المحكمة قبل ميعاد الجلسة بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا ميعاد المسافة.

جـ- كيفية سماع الشهود :- حيث يحضر الشهود أمام المحكمة في اليوم المحدد ويجب على الشاهد بعد بيان اسمه ولقبه وسنه ووظيفته وعمله وصلته بأطراف النزاع أن يحلف اليمين (بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق) وتكون الشهادة عن طريق الإجابة على الأسئلة التي توجه من المحكمة أو الخصم الذي استشهد بالشاهد أو الخصم الآخر ودون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر.

د- انتهاء التحقيق وتقدير نتيجته:- حيث تبدأ المحكمة في نظر الدعوى بعد انتهاء التحقيق ولها مطلق الحرية في تقدير نتيجته وفقاً لاقتناعها ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في تقديرها للشهادة.

٣- القرائن وحجية الأمر المقضي:-

جمع قانون الإثبات المصري القرائن وحجية الأمر المقضي في باب واحد هو الباب الرابع.

ويمكن تعريف القرينة بأنها ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، فالقاضي أو المشرع يستخدم وقائع يعلمها ليستدل بها على وقائع أخرى ومن هذا يتضح أنها ليست أدلة مباشرة وقد يقوم القاضي بهذا الاستخلاص أو الاستنتاج وتسمى حينئذ قرائن قضائية كما قد يقوم به المشرع نفسه وحينئذ تسمى قرائن قانونية ونعرض لكل من نوعي القرائن كما يلي:-

القرائن القضائية:-

نصت المادة ١٠٠ من قانون الإثبات المصري على أنه:_

يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود.

ويقابل هذا النص في التقنيات المدنية الأخرى : في قانون البينات السوري مادة ٩٢ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٥ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٣١٠ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٥.

ويتضح من ذلك النص أن للقرينة القضائية عنصران هما:-

أ- واقعه ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات وهذا هو العنصر المادي للقرينة .

ب- عملية استنباط يقوم بها القاضي ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها وهذا هو العنصر المعنوي للقرينة (السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ص ٤٣٣ وما بعدها).

وقد اعترف المشرع المصري لقاضي الموضوع بسلطة واسعة في استنباط القرائن القضائية بمعنى أن القاضي حر في اختيار أية واقعة من الوقائع التي ثبتت أمامه ليستنبط منها قرينته على صحة الواقعة المدعاه ثم أنه بعد ذلك حر في تكوين اقتناعه وهو في تقديره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصه سائغاً.

أما الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية فقد بينها القانون في المادة ١٠٠ من قانون الإثبات المصري المشار إليها وهي الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود وعلى ذلك فإن الإثبات بالقرائن القضائية يكون في الآتي:-

أ- الوقائع المادية.

ب- المسائل التجارية.

جـ- التصرفات المدنية إذا كانت قيمتها أقل من خمسمائة جنيهاً كما يجوز الإثبات بالقرائن القضائية استثناء في الأحوال التالية:-

أ- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.

ب- إذا وجد مانع مادي أو أدبي من الحصول على دليل كتابي.

جـ- إذا فقد السند الكتابي لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه.

٢- القرائن القانونية:-

حيث تنص المادة ٩٩ من قانون الإثبات المصري على أنه:-

"القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لــم يوجــد نــص يقضي بغير ذلك".

ويقابل هذا النص في التقنيات العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ٨٩ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٢ وفــي أصــول المحاكمــات اللبناني المادتين ٣٠٣، ٣٠٦ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٢.

والقرينة القانونية – على عكس القرينة القضائية – لا عمل فيها للقاضي بل إن العمل كله للقانون فركن القرينة القانونية هو نص القانون وحده فهــو الــذي يختار العنصر الأول أي الواقعة الثابتة وهو الذي يجري عملية الاستنباط فيقول مادامت هذه الواقعة قد ثبتت فإن واقعة أخرى معينه تثبت بثبوتها.

فعنصر القرينة القانونية إذن هو نص القانون ولا شيء غير ذلك ولا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نص في القانون (السنهوري – الوسيط فــي شــرح القانون المدني ص ٧٧٣ وما بعدها).

وقد ذهب رجال الفقه القانوني إلى تقسيم القرائن القانونية إلى قسمين:–

. الأول : القرينة القانونية البسيطة أو غير القاطعة وهي التي يجوز إثبــات عكس دلالتها ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٣٧ / ١ مدني مصري مــن أن (كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقــم الدليل على غير ذلك) وإثبات العكس يكون وفقاً للقواعد العامة .

الثاني : القرينة القانونية القاطعة وهي التي لا يجوز إثبات عكس دلالتهــا ومن ذلك القرائن القانونية على الخطأ التي تقوم عليها المسئولية عن الحيــوان (مادة ١٧٦ مدني مصري) والمسئولية عــن الأشــياء (المــادة ١٧٨ مــدني مصري) ومسئولية المستأجر عن الحريق في العين المؤجرة (المادة ٥٨٤ مدني مصري).

ومن أمثلة القرائن القانونية القاطعة قرينة الحقيقة القــضائية (قــوة الأمــر المقضي) حيث يصبح الحكم البات قرينة على صحة الوقائع التي فصل فيها ولا يقبل بعد ذلك للخصم الصادر في مواجهته أن يثبت مخالفة الحكم للحقيقة.

حجية الأمر المقضي:-

يقصد بحجية الأمر المقضي أن الأحكام التي صدرت من القضاء تعتبر حجة فيما فصلت فيه لأن الحكم إذا ما صدر في نزاع فإنه يعتبر عنواناً للحقيقة ومطابقاً لها.

ويترتب على ذلك أن من كان طرفاً في ذلك النزاع الذي فصل فيه ذلك الحكم لا يستطيع أن يجدد النزاع مرة أخرى بدعوى مبتدأه فإذا حدث كان لخصمه أن يدفع الدعوى الجديدة بحجية الأمر المقضي أي بسبق الفصل فيها.

الفرق بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي:-

حجية الأمر المقضي معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً فيكون الحكم حجة في هذه الحدود حجة لا تقبل الدحض ولا تتزحزح إلا بطريق من طرق الطعن في الحكم وتثبت هذه الحجية لكل حكم قطعي سواءً كان نهائياً أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً وتبقى للحكم حجيته إلى أن يزول أو يلغى.

أما قوة الأمر المقضي فهي مرتبة أو درجة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق من طرق الطعن الاعتيادية وهى المعارضة أو الاستئناف وإن كان قابلاً للطعن فيه بطريق غير عادى كالنقض. (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص٨١٤).

ولقد نصت المادة ١٠١ من قانون الإثبات المصري على أنه:-

"الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً . وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها".

ويقابل هذا النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى في قانون البينات السوري المادة ٩٠ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٠٣ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٣٠٤ وفي التقين المدني الليبي المادة ٣٩٣ .

شروط قيام حجية الأمر المقضي :

يتبين من نص التقنين المدني المصري المتقدم الذكر أن هناك شروطاً يجب أن تتوافر لقيام حجية الأمر المقضي ، وهذه الشروط قسمين : الأول الشروط

الواجب توافرها في الحكم والثاني : الشروط الواجب توافرها في الحق المدعي به :-

١- الشروط الواجب توافرها في الحكم :

لا تقوم حجية الأمر المقضي إلا إذا توافر في الحكم شروط ثلاثة هي:-

أ- أن يكون الحكم قضائياً أي صادراً من جهة قضائية يستوي في ذلك أن تكون جهة القضاء مدنية أو تجارية أو شرعية أو مالية أو إدارية كما يستوي أن تكون جهة قضاء عادية أو جهة قضاء استثنائية .

ب- أن يكون الحكم قطعياً أي فاصلاً في موضوع النزاع بالبت فيه أما الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع فهي ليست أحكام قطعية ولا تحوز حجية الأمر المقضي .

ج - أن يكون التمسك بالحجية في منطوق الحكم دون أسبابه بمعني أن الحجية لا تثبت إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه ذلك أن الحكم يشتمل على كلا من :- الوقائع والأسباب وتنتهي المحكمة في نهاية الحكم للمنطوق وهو الجزء من الحكم الذي يفصل في النزاع.

٢- الشروط الواجب توافرها في الحق المدعي به :-

حيث لا يكون للحكم حجية الأمر المقضي إلا إذا توافر في الحق المدعي به شروطاً ثلاثة هي:

أ- إتحاد الخصوم أي لا يكون للحكم حجية إلا بين الخصوم أنفسهم والمراد باتحاد الخصوم هو اتحادهم قانوناً لا طبيعة فإذا كان لأحد الخصوم نائب أو وكيل في الحكم فالحكم حجة علي الأصيل وليس النائب أو الوكيل .

ب- إتحاد المحل والعبرة بما طلبه الخصم لا بما لم يطلبه حيث لا يكون للحكم حجية الأمر المقضي إلا بالنسبة إلى المحل ذاته الذي سبق طلبه في الدعوى التي صدر فيها الحكم فإذا رفعت دعوى جديدة بهذا المحل ذاته أمكن دفعها بحجية الأمر المقضي و يترتب على ذلك أن الحكم بالتعويض عن ضرر معين يمنع من رفع دعوى جديدة بالتعويض عن نفس الضرر والعبرة بطلبات الخصوم التي فصل فيها الحكم.

جـ- إتحاد السبب : - والسبب هو المصدر القانوني للحق المدعي به أو المنفعة القانونية المدعاه وهو لا يعدو أن يكون الواقعة المراد إثباتها فالمستأجر

حين يطالب المؤجر بتسليم العين المؤجرة يكون السبب في دعواه عقد الإيجار فإذا رفضت دعواه على هذا الأساس لا يجوز له أن يعيد رفع النزاع مستنداً إلى عقد الإيجار مرة أخرى وإلا رفضت دعواه بحجية الأمر المقضي أما إذا رفع دعوى جديدة بتسليم نفس العين مستنداً إلى عقد بيع مثلاً فإن الدعوى الجديدة لا يجوز رفضها بحجية الأمر المقضي لاختلاف السبب (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص ٨٧٤ وما بعدها).

٤-الإقرار :-

الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أولم يقصد، وليس للإقرار شكل خاص فهو قد يكون صريحاً أو ضمنياً والإقرار الصريح قد يكون مكتوباً أو شفوياً وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائياً أو غير قضائي والأخير يخضع للقواعد العامة في الإثبات (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص ٦١٦ وما بعدها).

أقسام الإقرار :

الإقرار قد يحصل أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة محل الإقرار فيكون إقراراً قضائياً ، وقد يتم خارج مجلس القضاء أو أمام القضاء ولكن في دعوى لا تتعلق بالواقعة محل الإقرار فيصير الإقرار غير قضائي.

١-الإقرار القضائي :-

حيث تنص المادة ١٠٣ من قانون الإثبات المصري علي أن :-

"الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في قانون البينات السوري المادتين ٩٣ ، ٩٤ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٦١ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢١٠ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٦ .

ويتبين من نص المادة ١٠٣ من قانون الإثبات المصري أن للإقرار القضائي أربعة أركان هي:

أ- إعتراف الخصم بمعني أن الإقرار إعتراف يصدر من المقــر لواقعــة معينة على اعتبار أنها حصلت ولا شك في أن هذا الاعتراف على هذا النحو هو عمل مادي كالشهادة والكتابة فالإقرار إذن في أصله عمــل مــادي أي واقعــة قانونية ويستوي أن يصدر من الخصم نفسه أو نائبه .

ب- واقعة قانونية مدعي بها حيث يجب أن ينصب الإقرار علــى واقعــة قانونية مدعي بها على المقر ولا يلزم أن تكون هذه الواقعة تصرفاً قانونياً بــل يصح أن تكون واقعة مادية ولكن يجب أن يكون محل الإقرار معيناً تعييناً كافياً مانعاً من الجهالة الفاحشة كما يجب أن يكون مما يجوز التعامل فيــه فــالإقرار بشيء مخالف للقانون أو للنظام العام أو للآداب غير صحيح .

جـــ- أن يكون الإقرار أمام القضاء ويعتبر قضاء كل جهة نظمها القــانون من جهات القضاء على أنه يجب أن يصدر الإقــرار أمــام محكمــة مختــصة اختصاصاً موضوعياً علي الأقل.

د- وعلى أن يصدر هذا الإقرار أثناء سير الدعوى فلا يكفــي أن يــصدر الإقرار أمام القضاء بل يجب أن يصدر أيضاً في خلال إجراءات الدعوى التــي يكون الإقرار فيها دليل الإثبات (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص ٦٣٢ وما بعدها).

حجية الإقرار القضائي :-

حيث تنص المادة ١٠٤ من قانون الإثبات المصري على أن :-

" الإقرار حجة قاطعة علي المقر ولا يتجزأ الإقرار علــى صــاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى". ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى فــي قــانون البينات السوري المادتين ١٠٠ ، ١٠١ وفي التقنين المدني العراقــي المــادتين ٤٦٩ ،٤٧٠ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٦ ،٢٢٧ وفي التقنيين المدني الليبي المادة ٣٩٧.

ومن تلك النصوص يتضح أن المشرع قرر قاعدتين في حجية الإقــرار القضائي هما : القاعدة الأولي :

الإقرار حجة قاطعة على المقر بمعني أنه إذا اســتوفي الإقــرار شــروطه أصبح حجة علي المقر ويجعل الواقعة المقر بها في غير حاجة إلي إثبات وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه .

القاعدة الثانية :

عدم تجزئة الإقرار فالمقر له إما أن يأخذ بالإقرار كله أو يتركه كله، ولكن قاعدة عدم تجزئة الإقرار لا تسري بالنسبة لكل صور الإقرار ويتضح ذلك فيما يلي :-

أ- صورة الإقرار البسيط وهو اعتراف كامل أو إقرار بكل ما يدعيه الخصم دون إضافة أو تعديل وهنا لا محل للبحث في تجزئة الإقرار .

ب- صورة الإقرار الموصوف وهو اعتراف أو إقرار بما ادعاه المدعي مع إضافة وصف يعدل فيه كأن يعترف بالدين المدعي به ويضيف إليه أنه معلق على شرط وحكم هذا الإقرار هو حكم الإقرار البسيط ولا محل للبحث في تجزئته .

جـ - صورة الإقرار المركب وهو اعتراف بالواقعة المدعي بها مع إضافة واقعة أو وقائع أخري وله حكمان : الأول أنه لا يتجزأ كلما كان بين الواقعتين ارتباط من شأنه أن يجعل الواقعة المضافة تفترض حتماً الواقعة الأصلية ، والثاني إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تتطلب حتماً الواقعة الأصلية فإن الإقرار المركب حينئذ يكون قابلاً للتجزئة.

٢- الإقرار غير القضائي : -

الإقرار غير القضائي كما سبق وأوضحنا هو الإقرار الذي يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء لكن في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار.

والإقرار غير القضائي يخضع للقواعد العامة في الإثبات وعلى من يدعي حصول إقرار غير قضائي أن يثبت صدوره من المقر فإن كانت قيمة الدعوى أكثر من خمسمائة جنيها- في التشريع المصري- وجب الإثبات بالكتابة وإن كانت أقل يمكن إثبات الإقرار بشهادة الشهود والقرائن .

ويترك تقدير حجية الإقرار غير القضائي للمحكمة فعلى القاضي أن يتبين دلالة ذلك الإقرار وهل قصد المقر به حسم النزاع أم أنه صدر عفواً ، فإن كان قد صدر حسماً للنزاع كان كالإقرار القضائي وإن رأى القاضي غير ذلك فيجوز له أن يعتبره قرينة أو مبدأ ثبوت بالكتابة .

٥- اليمين :-

اليمين بوجه عام هي قول يتخذ فيه الحالف الله سبحانه وتعالى شاهداً علــى صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد به ويستنزل عقابه إذا ما حنث في يمينــه ويستخلص من هذا التعريف أمرين :-

الأول :- أن اليمين لا يعتبر عملاً مدنياً فحسب بل هو أيضاً عمــل دينــي فالحالف إنما يستشهد الله سبحانه وتعالى ويستنزل عقابه .

الثاني :- أن اليمين إما أن تكون لتوكيد قول وهي التي تؤدي لتوكيد صدق الحالف فيما يقرره ، وإما أن تكون لتوكيد وعد وهي اليمين التي تؤدي لتوكيــد إنجاز وعد أخذه الحالف على نفسه مثل اليمين التي يحلفهــا القــضاة وبعــض العاملين قبل مباشرة عملهم (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص ٦٧٤).

أنواع اليمين :-

والذي يعنينا هنا هو اليمين لتوكيد القول لأنها اليمين التي تدخل في منطقة الإثبات وهي تكون إما يميناً قضائية تؤدي أمام القضاء أو غير قضائية تؤدي أو يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء وهذه الأخيرة ليست لها أحكام خاصة ويتبع في شأنها القواعد العامة مثلها في ذلك مثل الإقرار غير القــضائي أمــا اليمين القضائية فهي نوعين :- وهما اليمين الحاسمة وهي اليمين التي يوجهها الخصم إلى خصمه ويحتكم فيها إلى ضميره لحسم النزاع لعدم وجود أدلة إثبات لديه واليمين المتممة هي التي يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين ليــستكمل بها الأدلة التي قدمت في الدعوى.

١- اليمين الحاسمة :-

تحدث عندما يعوز الخصم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعــواه ولا يقر له الخصم بصحة ما يدعيه حينئذ لا يبقي أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليــه وهو أن يحتكم إلى ضمير هذا الخصم فيوجه إليه اليمين الحاسمة يطلــب إليــه حلفها لحسم النزاع، ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاســمة هــو تــصرف قانوني يتم بإرادة منفردة وينتج أثره بمجرد توجيه اليمين (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص ٦٧٦).

وقد نصت على ذلك المادة ١١٤ من قانون الإثبات المصري فــي فقرتهــا الأولى حيث جاء بها:-

"يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها"

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في قانون البينات السوري المادتين ١١٢،١١٣ وفى التقنين المدني العراقي المادة ٤٧١ وفي تقنين أصول المحاكمات اللبناني المادتين ٢٢٨ ، ٢٩٩ فقرة أولى وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٩ فقرة أولى .

إجراءات توجيه اليمين الحاسمة :-

كما رأينا أجاز القانون لكلا الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ويجب على من وجهها حينئذ أن يبين بدقة الوقائع التي يريد استحلاف خصمه عليها ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة وإذا كان لأي من الخصمين توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين إذ أجاز القانون للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها أو رأى أنها كيديه.

وتوجه اليمين إلى الخصم الذي له حق المطالبة بالإثبات وتوجيه اليمين إليه يقلب موقفه فبعد أن كان غير مكلف بشيء ويطالب خصمه بتقديم الدليل على دعواه فإن لم يقدم الدليل خسر دعواه وإذا به بعد قيام الخصم بتوجيه اليمين الحاسمة إليه يرى نفسه مضطراً إلى قبول احتكام خصمه إلى ضميره ومن ثم فلا يجوز توجيه تلك اليمين إلا للخصم الأصلي شخصياً في الدعوى حيث لا يجوز توجيه تلك اليمين إلى النائب القانوني أو الوكيل.

ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت عليها الدعوى طبقاً لنص المادة ١١٥ من قانون الإثبات المصري ذلك لأن اليمين الحاسمة طريق من طرق الإثبات فيمكن الالتجاء إليه بعد تقديم أدلة إثبات أخرى كما يجوز توجيهها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية في أي حالة كانت عليها الدعوى (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص ٦٨٠ وما بعدها) .

الشروط الواجب توافرها في الواقعة موضوع اليمين الحاسمة:-

حيث تنص المادة ١١٥ من قانون الإثبات المصري على أنه:

لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، ويجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه فإن كانت غير شخصية له انصبت علي مجرد علمه بها.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في قانون البينات السوري المادة ١١٤ وفي التقنين المدني العراقي المادين ٤٧٢ ،٤٧٩ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٩ الفقرة الثانية ، ٢٣٠ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٠ الفقرة الأولي .

ويتضح من النصوص المشار إليها أنه يتعين أن يكون موضوع اليمين الحاسمة وارداً على واقعة من الوقائع، فلا يجوز أن توجه اليمين بالنسبة إلى مسألة من مسائل القانون كما يتضح وجوب توافر الشروط التالية :

أ – أن تكون الواقعة موضوع اليمين الحاسمة غير مخالفة للنظام العام فلا يجوز توجيه يمين بشأن واقعة متعلقة بدين قمار مثلاً .

ب- أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين كأن تكون متعلقة بعمل قام به أو فعل حدث تحت سمعه وبصره .

جـ- وجوب أن تكون الواقعة محل اليمين منتجة في الدعوى ويتوقف عليها الفصل في النزاع.

الآثار التي تترتب على توجيه اليمين الحاسمة:-

توجيه اليمين الحاسمة للخصم يترتب عليه حتماً من جانب الخصم التي وجهت إليه اليمين أحد أمور ثلاثة إما أن يحلف اليمين وإما أن يردها على خصمه وإما أن يمتنع عن الحلف والرد ويعد حينئذ ناكلاً لليمين ونستعرض المواقف الثلاثة كما يلي : -

أ- حلف اليمين :-

حيث تنص المادة ١١٧ من قانون الإثبات المصري على أنه:

"لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه، على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده".

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في قانون البينات السوري المادة ١٢٠ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨١ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٤ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٢ .

ويؤخذ من نص قانون الإثبات أن الخصم إذا حلف اليمين الحاسمة ، حسم النزاع نهائياً وخسر الخصم الذي وجه اليمين دعواه ، ولا يجوز لهذا الخصم أن يعود لمخاصمة من حلف اليمين مرة أخري في نفس موضوع الحق ليثبت كذب اليمين كما لا يجوز له أن يقدم أي وجه آخر للإثبات وأخيراً لا يجوز له الطعن في ذلك الحكم الصادر بناء على اليمين الحاسمة متى كانت قد وجهت وحلفت طبقا للقانون (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص ٧٢٤) .

ب- رد الخصم لليمين الحاسمة على خصمه :-

حيث تنص المادة ١١٤ الفقرة الثانية من قانون الإثبات المصري على أن :

" ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، على أنه لا يجوز الرد إذا انصب اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في قانون البينات السوري المادة ١١٦ الفقرة الأولي وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٥ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٣ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٩ الفقرة الثانية.

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن اليمين يجوز ردها من الخصم متى وجهت إليه وذلك إذا لم يرد الحلف فمن وجهت إليه اليمين يلتزم إذن التزاماً أصلياً بحلفها والتزاماً بديلاً بردها على خصمه وفي هذه الحالة لا يكون أمام من ردت إليه اليمين إلا أحد خيارين : الحلف أو النكول فإذا حلف حكم له وإن نكل عن الحلف حكم ضده ولا يستطيع أن يردها ثانية إلى الخصم الذي ردها في بادئ الأمر.

وعلي أنه يشترط لجواز رد اليمين أن تكون الواقعة مشتركة بين الخصمين فضلاً عن وقوع الرد علي نفس اليمين التي وجهت (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص ٧٣٢) .

ج- النكول عن اليمين الحاسمة : -

حيث تنص المادة ١١٨ من قانون الإثبات المصري على أن:

" كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه".

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في قانون البينات السوري المادة ١١٩ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٠ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٢ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٣ .

ويتضح من النص المذكور أن النكول يقع بعدم حلف الخصم لليمين حين يجب الحلف فالنكول إذن موقف سلبي كما يتبين أن النكول إما أن يقع ممن وجهت إليه اليمين ابتداء فلا يردها على خصمه ولا يحلف فيعد ناكلاً، وإما أن يقع ممن ردت عليه اليمين فإذا لم يحلفها اعتبر ناكلاً.

فإن كان من نكل هو من وجهت إليه اليمين كسب من وجه اليمين دعواه وإن كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها ونكل هذا خسر دعواه (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص ٧٣٦).

٣- اليمين المتممة :-

هي يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليل غير كاف على دعواه ليتمم الدليل باليمين، وقد جعل القانون للقاضي بها -علي خلاف العادة- دوراً إيجابياً في الإثبات .

شروط توجيه اليمين المتممة : -

حيث تنص المادة ١١٩ من قانون الإثبات المصري على ما يأتي:-

" للقاضي أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به".

ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل ، ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في قانون البينات السوري المادة ١٢١ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٢ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني الماديتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٤ .

ويتبين من ذلك النص أن تلك اليمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين بحسب تقدير القاضي في أي حالة كانت عليها الدعوى ويشترط لتوجيهها توافر شرطين :

أ- ألا يكون في الدعوى دليل كامل لأن الحكمة من توجيه اليمين هنا استكمال الدليل الناقص.

ب- ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل أي يجب أن يكون في الدعوى مبدأ ثبوت بالكتابة أو بغير الكتابة على حسب الأحوال .

آثار توجيه اليمين المتممة :-

حيث نصت المادة ١٢٠ من قانون الإثبات المصري على أنه:-

" لا يجوز للخصم الذي وجه إليه اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر".

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في قانون البينات السوري المادة ١٢٤ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٥ وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٩ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٥ .

ويتبين من النص المشار إليه أنه لا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة فهو إما أن يحلف أو ينكل، فلا يستطيع أن يردها على الخصم الآخر.

والنكول عن اليمين المتممة كحلفها لا يقيد القاضي فليست اليمين المتممة تحكيماً كاليمين الحاسمة بل هي إجراء من إجراءات التحقيق ودليل إثبات تكميلي ذو قوة محدودة.

مقارنة بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة:-

بعد دراسة أحكام كلاً من اليمين الحاسمة واليمين المتممة تتضح الفروق الجوهرية بينهما في الآتي :-

أ- اليمين الحاسمة يوجهها الخصم لخصمه تحت رقابة القاضي أما اليمين المتممة فيوجهها القاضي وحده.

ب- لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم الآخر وللقاضي أن يرجع عن توجيه اليمين المتممة في أي وقت بعد توجيهها .

جـ- اليمين الحاسمة نتائجها حتمية يكسب من يحلفها ويخسر من ينكل عنها أما اليمين المتممة فليست لها نتائج محتمة ولا يتقيد القاضي بموجبها بشئ حلفها الخصم أو نكل .

د- اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر أما اليمين المتممة فلا ترد (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص. ٧٦).

الفصل السادس

عقد المقاولة في الشريعة الإسلامية

محتويات الفصل

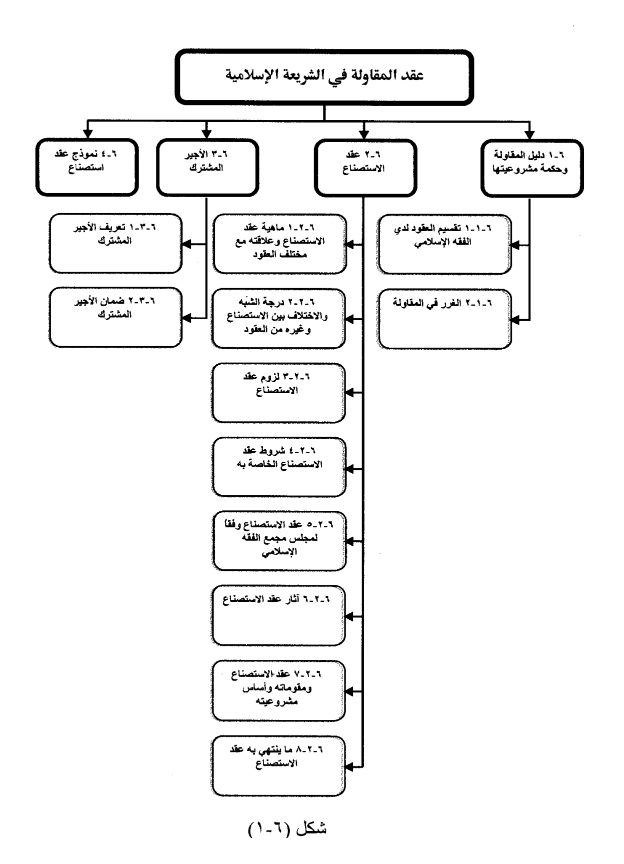
٦- ١	دليل المقاولة وحكمة مشروعيتها.
٦-٢	عقد الإستصناع.
٦-٣	الأجير المشترك.
٦-٤	نموذج عقد استصناع.

٦- عقد المقاولة في الشريعة الإسلامية:-

يعرف العقد طبقاً للفقه الإسلامي بأنه اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين ، فالإرادة إذن هي جوهر العقد فلا بد من تراضي المتعاقدين حتى يقوم العقد وهذا التراضي يجب أن يتجه لتحقيق غاية مشروعة وهذا هو سـبب العقد "المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ص٤٢".

إن العقد هو إيجاب وقبول أو التزام إنسان ما بأمر من الأمور فمعني هـذا أن العقد يتوقف وجوده بصفة كاملة على الإيجـاب والقبـول، والمتعاقـدين ، والمحل " المعقود عليه " فهذه هي المقومات الثلاثة للعقد باتفاق الفقهـاء لكـنهم يختلفون باعتبار هذه الأمور كلها أركاناً للعقد أم شروطاً . فالجمهور من غيـر الأحناف ... يعتبرونها أركاناً للعقد لأنه لا يوجد ولا يتحقـق إلا بهـا . أمـا الأحناف : فيرون أن ركن العقد هو صيغته (الإيجاب والقبول فقط) وهما ركن للعقد لأن الإيجاب والقبول يدلان على الرضا الذي يتعلق به الحكم وما كان في معناهما .

أما العاقدان والمعقود عليه فعندهم هي من شروط انعقاد العقد لأنها خارجة عنه ولا يعد شيئا منها من أركانه .ويوضح الشكل التخطيطي (٦-١) محتويات هذا الفصل .



عقد المقاولة في الشريعة الإسلامية
٦-١ دليل المقاولة وحكمة مشروعيتها
٦-٢ عقد الاستصناع
٦-٣ الأجير المشترك
٦-٤ نموذج عقد استصناع
٦-١-١ تقسيم العقود لدي الفقه الإسلامي
٦-١-٢ الغرر في المقاولة
٦-٢-١ ماهية عقد الاستصناع وعلاقته مع مختلف العقود
٦-٢-٢ درجة الشبه والاختلاف بين الاستصناع وغيره من العقود
٦-٢-٣ لزوم عقد الاستصناع
٦-٢-٤ شروط عقد الاستصناع الخاصة به
٦-٢-٥ عقد الاستصناع وفقاً لمجلس مجمع الفقه الإسلامي
٦-٢-٦ آثار عقد الاستصناع
٦-٢-٧ عقد الاستصناع ومقوماته وأساس مشروعيته
٦-٢-٨ ما ينتهي به عقد الاستصناع
٦-٣-١ تعريف الأجير المشترك
٦-٣-٢ ضمان الأجير المشترك

شكل (٦-١)

٦-١ دليل المقاولة وحكمة مشروعيتها:-

أ- الدليل من القرآن الكريم :

قال الله تعالى: ﴿فَانطَلَقَا حَتَّىٰٓ إِذَآ أَتَيَآ أَهْلَ قَرْيَةٍ ٱسْتَطْعَمَآ أَهْلَهَا فَأَبَوْاْ أَن يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥ ۖ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴿٧٧﴾﴾ [الكهف:٧٧]. فلقد دلت الآية على جواز الإجارة على الأعمال ، ولقد قال موسى للعبد الصالح لو شئت لاشترطت على صاحب الجدار أجراً مقابل إقامته. ﴿قَالُواْ يَٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴿٩٤﴾﴾ [الكهف:٩٤] .

ولقد اشتمل القرآن الكريم على آيات تثبت مشروعية العقد، وتأمر بالوفاء به والالتزام بما اتفق عليه العاقدان.

قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة:١].

وقال الله عزَّ وجلَّ: ﴿ وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾﴾ [الإسراء:٣٤] .

وأضاف اللهُ تبارك وتعالى العهدَ إلى نفسه دلالة على أهمية الوفاء به قال عزَّ وجلَّ: ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ﴾ [النحل:٩١].

والعقود أمانة، والأمانة واجبة الأداء، يحرم جحودها وإنكارها، قال الله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء:٥٨].

والعقد ارتباط، وإذا التزم الإنسان بالقول فلا بُدَّ من الالتزام بالعمل والتنفيذ، وإلا وقع في غضب الله ومقته.

قال عزَّ وجلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٢﴾ كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴿٣﴾﴾ [الصف:٢-٣].

ب- الدليل من السنة النبوية:

وفي أحاديث رسول الله صلي الله عليه وسلم : توجيهٌ للالتـزام بـالعقود، والحرص على تنفيذها، إذ إنَّ خُلْفَ الوعدِ من النفاق.فقد روي الإمامان البخاري ومسلم في صحيحيهما عن أبي هريرة رضي الله عنه قال .قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : " آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ وَإِذَا اؤْتُمِـنَ خَانَ" .

روي البخاري ومسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال (أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة من هن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا أؤتمن خان ، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر).

وقال ﷺ: " لا إِيمَانَ لِمَنْ لَا أَمَانَةَ لَهُ وَلَا دِينَ لِمَنْ لَا عَهْدَ لَهُ" .

جـ- الإجماع :

قال ابن رشد: إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار ، والصدر الأول وحكي عن الأصم وابن علي منعها .

د- حكمة المشروعية:

شرع الله الإجارة لسد حاجة الناس ، فليس لكل أحد دار يسكنها أو دابة يركبها ، وليس كل أحد يقدر على أداء أعماله بنفسه فقد يكون عاجزاً أو لا يحسن العمل ، وإن كان يحسن عملاً فهو لا يحسن الأعمال الأخرى ، فلا بد من قيام تعاون بين الناس . فالعامل والصانع يحتاج إلى مأكل ومسكن ومشرب ولا مال له ، بينما من الناس من يحتاج إلى عمله أو صنعته ولا يبذل الصانع أو العامل صنعته أو عمله بلا عوض لمشقة الأعمال والناس يضنون بأعمالهم إذا لم يبذل لهم العوض. ولا يبذل صاحب المال ماله بلا عوض لأن الأنفس طبيعتها الشح ، وقد لا يجد المحتاج إلى المنفعة أو العمل من يتبرع له ، فلا يجبر أحدا على أن يسكن داره أو يعمل للغير بلا عوض ، فإذا كان هناك أجر في مقابل العمل والمنفعة فإنه أدعى إلى الرضا لذلك شرع الله الإجارة ، وشرع التعاون بين الناس ، قال تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ (٢)﴾ [المائدة:٢]

٦-١-١ تقسيم العقود لدى الفقه الإسلامي:-

يميز الفقه الإسلامي في تنظيمه للشروط اللازم توافرها في العقد بين:-

١- شروط لانعقاده إنعقاداً صحيحاً.

٢- وشروط للزومه وعدم الرجوع فيه.

٣- شروط لنفاذه وترتيب آثاره.

أ- شروط صحة العقد و انعقاده:-

(١) العلم بمحل العقد وعدم الجهالة به.

(٢) القدرة على تسليم محل العقد .

(٣) خلو العقد من الشروط المفسدة .

(٤) خلو العقد من الربا .

ب - شروط لزوم العقد:-

(١) ألا يكون العقد بطبيعته أو باتفاق طرفيه جائز الرجوع فيـــه بـــالإرادة المنفردة لأحد طرفيه أو كليهما .

(٢) أن يكون العقد خالياً من الخيارات التي تجيز الرجوع في التعاقد كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب .

جـــ - شروط صحة إنفاذ العقد و ترتيب آثاره:-

(١) أن يكون العقد نافذاً أي واجب التنفيذ لا يتعلق بأي حق للغير .

(٢) أن يكون المتعاقد مالكاً لمحل العقد وكامل الأهلية ويمكن إجمال شروط صحة نفاذ ولزوم العقد في عدة شروط منها ما يتعلق بالمتعاقدين ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه ومنها ما يتعلق بالعقد نفسه.

أولاً : ما يشترط في المتعاقدين :-

(١) أن يكونا أهلاً لمباشرة العقد أي أن يكونا يميزان و عاقلان .

(٢) أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر.

ثانياً : ما يشترط في المعقود عليه:-

(١) صلاحيته أن يكون محلاً للعقد.

ثالثاً : ما يشترط في العقد نفسه:-

(١) أن يتخذ مجلس الإيجاب والقبول.

(٢) ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل.

فإذا توافرت في العقد جميع شروط الانعقاد والصحة ، والنفاذ واللزوم ، كان العقد صحيحاً نافذاً لازماً ، أما إذا تخلف فيه أحد شروط الانعقاد أو الصحة كان العقد باطلاً أو فاسداً وإذا توافرت في العقد شروط الانعقاد والصحة وتخلف في أحد شروط النفاذ ، كان العقد موقوفاً.

وإذا توافرت في العقد شروط الانعقاد والصحة وشروط النفاذ ، وتخلف فيه أحد شروط اللزوم ، كان العقد غير لازم ، أي جائز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة.

وعلى ذلك تنقسم العقود في الفقه الإسلامي ، إلى عقود صحيحة ، وعقود غير صحيحة ، أي باطلة أو فاسدة ، ويتفرع عن الأولى ، أي العقود الصحيحة ، العقود الموقوفة ، والعقود غير اللازمة.

أ- العقد الصحيح:

يكون العقد صحيحاً لدى الفقه الإسلامي ، إذا توافرت فيه شروط الانعقاد وشروط الصحة لاكتمال أركانه الأساسية التي لا يقوم بدونها ، ومشروعاً بأصله ووصفه ، لاكتمال شروط صحته.

وشروط صحة العقد التي يترتب على تخلف أي منها فساد العقد متعددة ، وتختلف باختلاف العقود، ومن أهم هذه الشروط :

- العلم بمحل العقد وعدم الجهالة به جهالة تفسده.

- القدرة على تسليم محل العقد.

- خلو العقد من الشروط المفسدة له، ويكون الشرط مفسداً للعقد إذا لم يكن يقتضيه العقد، ولا يلاءم مقتضاه ولم يرد به الشرع، ولم يجر به العرف، وكان فيه منفعة لأحد العاقدين أو غيرهما.

- خلو العقد من الربا.

ب- العقد الموقوف:

هو الذي توافرت فيه شروط الانعقاد والصحة ، وتخلف فيه شرط من شروط النفاذ وشروط نفاذ العقد في الفقه الإسلامي يمكن إرجاعها إلى شرطين أساسيين هما :

١- ولاية إبرام العقد :

بأن يكون العاقد مالكاً لمحل العقد ، وكامل الأهلية ، فإن كان العاقد غير مالك لمحل العقد ، أو كان ناقص الأهلية ، كان عقده موقوفاً على إجازته من المالك الحقيقي ، ويسمى العقد عندئذ عقد فضالة. وإن كان العاقد ناقص الأهلية كان عقده موقوفاً على إجازته من وليه ، أو منه عند بلوغه سن الرشد.

٢- ألا يتعلق بالعقد حق للغير:

فإن تعلق بالعقد حق للغير كما في حالة بيع العين المرهونة أو المؤجرة، كان العقد موقوفاً والعقد الموقوف ، وإن كان عقداً صحيحاً من حيث الإبرام ، فإنه موقوف من حيث نفاذه ، فلا يرتب آثاره إلا باكتمال شروط نفاذه.

جـ- العقد غير اللازم (وهو الذي يمكن الرجوع فيه):

العقد غير اللازم أو الجائز هو الذي توافرت فيه شروط الانعقاد والصحة ، وتخلف فيه أحد شرطي لزومه وهما :

- ألا يكون العقد ، بطبيعته أو باتفاق طرفيه ، جائز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه .

- أن يكون العقد خالياً من الخيارات التي تجيز الرجوع في التعاقد كخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب.

والعقد غير اللازم عقد صحيح ، لتوافر شروط الانعقاد والصحة فيه ، ولكنه غير ملزم ، بل يجيز لطرفيه أو لأحدهما الرجوع فيه بالإرادة المنفردة ، دون توقف على إرادة الطرف الآخر .

٦-١-٢ الغرر في المقاولة:-

إذا اتفق رب العمل مع المقاول علي بناء منزل مقابل مبلغ محدد من المال و قام المقاول ببناء هذا البيت بعد فترة زمنية سنتين مثلاً فيكون في هذه الحالة رب العمل هو المشترى و المقاول هو البائع فإذا ازدادت الأسعار في هذه الفترة زيادة كبيرة تضر بالمقاول حيث أنه اتفق على سعر ثابت للبيت ، وكذلك إذا

انخفضت الأسعار في هذه الفترة انخفاضاً كبيراً تـضر رب العمـل لأن قيمـة العقار أقل مما دفع. وتوافر الغرر في العقد.

فحتى يسلم البائع من الغرر يجب أن لا يكون هناك تأخير في تبادل السلع و المقابل ، ومن هنا يبدأ الحرج في عقود المقاولات على أن بها عنصر الغـرر، حيث أنه تم الاتفاق على سعر محدد مسبقاً والعمل نفسه لم يتم بعد و قد يستغرق ذلك سنوات تتقلب فيها الأسعار.

قال الشافعي " الأعجل أخرج من معنى الغرر" الأم ٨٣/٣ البيع الذي يعجل فيه غرر، لأن أحد الطرفين يقبض بدله في الحال ، والآخر يقبضه في الأجـل المعلوم أو الآجال المعلومة ، وقد يتغير سعر السلعة خلال هذه المدة مرة واحدة وأكثر ، فإن زاد إنزعج البائع ، وإن نقص إنزعج المشتري . ويـذكر بعـض العلماء أن البيع الذي يتأجل بدلاه يتعاظم فيه الغرر.

٦-٢ عقد الإستصناع:-

عقود المقاولات تشبه بقدر كبير عقود الإستصناع بل في جوهرها ما هـي إلا عقد استصناع . ولذلك وجب علينا أن نخصص جزءاً مـن هـذا الكتـاب للحديث عن عقود الإستصناع والتي هي بدورها تتحدث أو تفـسر لنـا عقـود المقاولات.

والإستصناع لغة : مصدره استصناع الشيء أي دعا إلى صـنعه ويقـال اصطنع فلان بابا إذا سأل رجلاً أن يصنع له بابا كما يقال اكتتـب أي أمـر أن يكتب له ((الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والـشئون الإسـلامية ، دولـة الكويت – الجزء الثالث)). وفي اصطلاح فقهاء الحنفية هو عقد على مبيع فـي الذمة شرط فيه العمل ، فإذا قال شخص لآخر من أهل الصنائع : إصـنع لـي الشيء الفلاني مقابل درهما وقبل الصانع ذلك ، انعقد استصناع .

٦-٢-١ ماهية عقد الإستصناع وعلاقته مع مختلف العقود:-

إختلف فقهاء المذاهب الأربعة في عقد الإستصناع إختلافاً بيناً فمـنهم مـن رأى بعدم جوازه، ومنهم من جعله عقد سلم (عقد السلم : هو شراء آجل بعاجل أو هو بيع شيء موصوف في الذمة بثمن معجل ويسمى بيع المحاويج).

ومنهم من جعله عقد إجارة ، ومنهم من جعله مواعدة وليس بيعاً ومنهم من جعله عقداً مستقلاً وهو ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة .

وقد ذهبت المذاهب الثلاثة الشافعية والمالكية والحنابلة إلـى عـدم جـواز الإستصناع إلا بشروط السلم وأجاز المالكية استصناع أي شيء مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصناع ولابد أيضاً من التركيز على القاعدة الأصولية والتي تقـول " العبـرة فـي العقـود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني " فإذا صيغ عقد الإستصناع على أساس مواصفات السلم وتوفرت فيه شروطه فإنه حينئذ سلم .

وكذلك الحكم فيما لو صيغ العقد على أساس الإجارة بأن يأتي شخص بكمية من الحديد ويستأجر الصانع أن يصنع له منه سيفاً أو نحو ذلـك فهـذا إجـارة ويصبح الصانع أجيراً مشتركاً ويشترط فيه شروط الإجارة .

الإستصناع هو ما إذا طلب المستصنع من الـصانع صـنع شـيء معـين موصوف في الذمة خلال فترة محددة قصيرة أم طويلة وسواء كان المستـصنع عين المصنوع منه بذاته أم لا وسواء كان المصنوع منه موجوداً أثناء العقـد أم لا . ونشير إلى أن محل عقد الإستصناع هو العمل والعين من الصانع.

٦-٢-٢ درجة الشبه والاختلاف بين الإستصناع وغيره من العقود :-

فيما يلي سنشير بوضوح واختصار إلى أوجه الشبه والاختلاف بـين عقـد الإستصناع وغيره من العقود:-

(١)الفرق بين الإستصناع و البيوع:

لابد من أن نشير إلى أن الذين حرموا عقد الاستصناع إستدلوا علي ذلـك بأنه بيع معدوم أو بيع ما ليس عند البائع على غير وجه السلم ، وأمـا الـذين أجازوه فقد اختلفوا أيضاً هل هو عقد على مبيع في الذمة أم هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل ، والصحيح هو القول الأخير لأن الاستصناع طلـب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً .

والواقع أن إطلاق لفظ البيع على عقد الاستصناع لا يكون علـى إطلاقـه وذلك أن الاستصناع يخالف البيع في اشتراط العمل واشتراط خيار الرؤية عند بعض الفقهاء والاستصناع يبطل بموت أحد المتعاقدين وهذا لا يحدث في البيع .

(٢) الاستصناع والإجارة :

عقد الاستصناع ليس عقد إيجاره ، ذلك أن عقد الاستصناع محلـه العـين والعمل معاً بينما محل عقد الإجارة العمل فقط .

والاستصناع عقد من العقود الشرعية وليس مجرد مواعدة فقد أثبت فيه خيار الرؤية وهذا يختص بالعقود لا بالمواعدات وأيضاً الاستصناع يجرى فيه التقاضي ، وإنما يتقاضى في الواجب لا الموعود، والاستصناع خاص بما تجرى فيه الصنعة والمواعدة في كل شيء .

(٣) الاستصناع وعقد السلم :

فالمعقود عليه في السلم هو الشيء المبيع في الذمة ، أما في الاستصناع فهو العين والعمل وكذلك السلم يشترط فيه تعجيل الثمن في حين أن الاستصناع التعجيل فيه ليس بشرط .

ومما سبق يمكننا القول أن هذا العقد ليس بيعاً ولا إجارة و لا مواعدة ولا سلماً ولا غيرها وإنما هو عقد مستقل له شروطه الخاصة به وخصائصه وآثاره الخاصة به ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر.

ويقول الإمام السرخسي : (اعلم أن البيوع أربعة : بيع عين بثمن .. وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوها .. فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل .. والعين هو الصبغ بيع فيه .. وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين) .

٦-٢-٣ لزوم عقد الاستصناع :-

المقصود بالإلزام أن العقد بعد انعقاده يربط الطرفين بالحقوق والالتزامات التي اتفقا عليها ولا يستطيع أحد منهما أن يتحلل من الالتزام بإرادة منفردة ، وهذا التزام نتيجة لأن كلا من العاقدين إنما أبرم عقده طائعاً مختاراً .

كذلك فإنه من القواعد المقررة الراسخة في نظرية العقد العامة عند علماء القانون : أن العقد شريعة المتعاقدين أي أن العقد يلزم طرفيه فيما بينهما فلا يستطيع أحدهما التحلل من مقتضاه بإرادته المنفردة. وفي مبادئ الشريعة الإسلامية وأصولها ونصوصها ما يقرر فيقول تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة:١].

وقد ثبت وصح عن الرسول ﷺ قوله (لا ضرر ولا ضرار) ، وهذه كلمة جامعة تصلح لأن تكون دستوراً عظيماً في عالم التشريع والفقه والقضاء فإنها

تقضي بأن لا يجبر العاقد على تحمل ضرر لا يستحقه بسبب تقصير المتعاقد الآخر سواء أكان تقصيره عن عمد وسوء نية أم لا .

والأصل أن العقد كما يعقد بالتراضي يمكن أن يحل بالتراضي . فعلى الراغب في نقض العقد أن يلتمس رضا الطرف الآخر فيه . فإذا لم يحصل على هذا الرضا لا يستطيع نقض عقده لأن نقضه يتبع إزالة حقوق اكتسبها الطرف الآخر بموجب العقد ، والحق المكتسب بطريقة مشروعه لا يمس ولا يزال إلا بنزول صاحبه عنه أو بالأسباب العامة الاستثنائية التي يحددها النظام نفسه .

٦-٢-٤ شروط عقد الاستصناع الخاصة به:-

للاستصناع شروط خاصة به وهي :

١- أن يذكر في العقد أوصاف الشيء المراد صنعه على شكل يؤدي إلى بيانه وأما شرائط جوازه فمنها بيان جنس المصنوع ونوعه ، والعلم به" ويضيف الكساني وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدونه" .

٢- أن يكون الاستصناع في الأشياء التي جرى العرف بالتعامل بها وقد ذكر فقهاء الحنفية عدة أمثلة لذلك قالوا: مثل استصناع الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ونحو ذلك(فتح القدير :١١٤/٧ ابن عابدين:٢١٣/٤).

غير أنه من الجدير التنويه إلي أن هذه الأمثلة كانت شائعة عندهم ولم يريدوا من خلالها حصره بل أرادوا التمثيل بها فقط ولذلك قد تختلف صناعات عصر عن عصر آخر كثرة وقلة وشيوعاً وندرة ، ولذلك نرى مجلة الأحكام العدلية ذكرت أمثلة مثل البندقية والسفن الحربية والتجارية لم تكن موجودة في العصور السابقة (مجلة الأحكام العدلية:المادة٣٨٩).

ويمكن أن تضاف في عصرنا الحاضر كل أعمال المقاولة و التشييد للصناعات الخفيفة والثقيلة والمتوسطة والبرية والبحرية والجوية و الفضائية كالأقمار الصناعية ونحوها.

٣-أن يحدد فيه الزمن سواء أكان قصيراً أم طويلاً وذلك لأن العقود الواردة على العمل لابد أن يذكر معها الأجل .غير أن الحنفية اختلفوا في هذه المسألة فاشترط أبو حنيفة ألا يكون في عقد الاستصناع أجل قال الكساني (فإن ضرب للاستصناع أجلاً صار سلماً حتى تعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل في

المجلس ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم وهذا قول أبي حنيفة). (بدائع الصنائع:٦/٢٦٧٨).

لكن فقهاء الحنفية اختلفوا في الأجل هنا فقال بعضهم هو شهر وما فوق وقيل أدناه ثلاثة وقيل نصف يوم فأكثر.(بدائع الصنائع:٧/٣١٧٥).

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن هذا ليس بشرط بل هو استصناع على حال سواء ضرب له أجل أم لا.

٦-٢-٥ عقد الاستصناع وفقا لمجلس مجمع الفقه الإسلامي:-

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة (مجلة مجمع الفقه الإسلامي – السنة الخامسة – العدد السابع ١٤١٤هـ-١٩٩٣م) قرر:

١- أن عقد الاستصناع – وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة – ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

٢- يشترط في عقد الاستصناع ما يلي :

أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب) أن يحدد فيه الأجل.

٣- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

٤- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. والله أعلم.

٦-٢-٦ آثار عقد الاستصناع :-

١- ثبوت الملك للمستصنع في الشيء المستصنع وثبوت الملك في الثمن المتفق عليه للصانع وذلك بمجرد العقد.

٢- أن يقوم الصانع بعمل الشيء المستصنع حسب المواصفات المطلوبة .

٣- خيار صف للمستصنع بحيث إذا أكمل الصانع الشيء المراد صنعه وسلمه للمستصنع يكون له الخيار إذا كان غير مطابق للمواصفات و إلا فهو ملزم بأخذه ودفع الثمن المتفق عليه .

٤- عدم بطلان الاستصناع بموت أحد الطرفين مادام التنفيذ ممكنا بل الورثة يحلون محلهما إلا إذا نص في العقد على خلاف ذلك .

٦-٢- ٧ عقد الاستصناع و مقوماته وأساس مشروعيته :-

١- مقومات الاستصناع:

المستصنع :

هو طالب الصنعة إذا باشره بنفسه أو بواسطة شخص آخر قد يكون فرداً أو مؤسسة.

الصانع :

هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل.إذا باشر الصنع هو أو من يقوم مقامه كالصانع الذي يعمل عنده أو يعطيه العملية بكاملها ويكون " الصانع " المتعاقد مسئولاً عن كل شيء.

المال المصنوع :

هو محل العقد . فعند تحويل المادة الخام إلى شيء آخر متفق عليه يسمى هذا المحول بالمال المصنوع ... أو المستصنع أو المستصنع فيه حسب تعبير الفقهاء.

الثمن:

وهو المال الذي يدفعه المستصنع نظير المطلوب صنعه وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع .

٢- أساس مشروعية عقد الاستصناع :

إن أساس مشروعية الاستصناع هو إجماع الأمة عليه ، منذ الصدر الأول للإسلام ، وجريان التعامل به في سائر الأعصار والأمصار ، من غير نكير منهم ، لذلك جاز استحساناً على خلاف الأصل الذي يقتضى منعه والقياس يترك بالإجماع ، لقول الرسول ﷺ " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " وقوله عليه الصلاة والسلام " لا تجتمع أمتي على ضلالة " وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً ومنبراً .

وحكمة مشروعيته قيام الحاجة الماسة إليه ، ولو قيل فيه بالقياس لوقع الناس في المشقة والحرج .

ويذهب رأي معاصر إلى أن الاستصناع وإن كان بيعاً معدوماً إلا أنه بيع معدوم محقق الوجود في العادة فلا غرر فيه لا سيما على الرأي الذي يجعله

عقداً لازماً ما دام الشيء المصنوع على الصفة المطلوبة ويرى أنه جائز قياساً لا استحساناً لأنه عقد معاوضة خال من الغرر.

٦-٢- ٨ ما ينتهي به عقد الاستصناع:-

١- الوفاء :

بعد أن عرفنا أن عقد الاستصناع من عقود المعاوضات المسماة فهو ينتهي بما ينتهي به هذه العقود من وفاء المتعاقدين بالالتزامات المتبادلة التي يحتمها العقد وهي :

من جهة الصانع :

١- القيام بالصنع للمادة الخام التي تكون عليه .

٢- تسليم المطلوب صنعه إلى المستصنع .

٣- استلام الثمن المتفق عليه بينهما .

من جهة المستصنع :

١- إعطاء المواصفات المطلوبة للصنع إلى الصانع عند التعاقد .

٢- استلام المطلوب صنعه .

٣- دفع الثمن للصانع .

هذا كله عن إتمام الصنع على ضوء الأوصاف المطلوبة ورضا المستصنع بها على الرأي القائل.

٢- موت الصانع:

ينتهي عقد الاستصناع أيضاً بموت الصانع خلافاً لعقد البيع الذى لا يبطل بموت البائع وهو الذي يقابل الصانع في عقد الاستصناع .

وجهة هذا الرأي :

الاستصناع له شبه بالإجارة من جهة أنه يبدأ وكأنه عقد إجارة . وينتهي على أنه بيع . حيث إن الصورة الواقعية له : أن المستصنع يطلب من الصانع صنع المطلوب فهو عقد إجارة قبل الصنع وقبل التسليم .

فإذا ما تم الصنع و أراد الصانع تسليم المطلوب صنعه للمستصنع فإنه يأخذ الثمن المتفق عليه " الذى يشمل قيمة المادة الخام + أجرة الصنع " فهو بيع . فإذا مات الصانع فكأنه لازال في مرحلة الإجارة ... والإجارة تبطل بموت العامل .

٦-٣ الأجير المشترك

٦-٣-١ تعريف الأجير المشترك:-

الأجير المشترك كما عرفه فقهاء المسلمين ، هو من يلتزم العمل لا لشخص معين كالنجار ونحو ذلك فإن كان لمعين ، اشترطوا ألا يكون العمل مؤقتاً و ألا يكون مقيداً بيوم أو يومين أو أسبوع كمن استأجر بناءً ليبني له في بيته ، غير مقيد بوقت معين ، فيكون أجيراً مشتركاً حتى ولو لم يعمل لغيره ، فإن كان العمل مؤقتاً ، اشترطوا ألا يكون على التخصيص بمعنى ألا يشترط عليه رب العمل ألا يعمل لغيره ، فإن اشترط عليه ذلك كان أجيراً خاصاً .

وعرفه كذلك صاحب المبسوط: بأنه من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد كما عرفه صاحب الهداية : بأنه من لا يستحق الأجرة ، حتى يعمل كالصباغ ، والقصار ومثله ما جاء في مجمع الضمانات " أن الأجير المشترك هو من يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ " وزاد" بأن له أن يعمل للعامة " أو " هو من التزم عملا في ذمته ، بخلاف المفرد وهو من أجر نفسه مدة معينة لعمل " .

وطبقاً لهذا التعريف ، يعتبر أجيراً مشتركاً ، في عصرنا الحاضر كل أصحاب المهن الحرة والحرفيين الذين يقدمون أعمالهم كل حسب تخصصه – لعامة الجمهور ، وليس لحساب شخص معين بذاته فإن اشترط التخصيص كان أجيراً خاصاً .

فأما عن أحكام العمل عند فقهاء المسلمين : فهو المحل الذي يرد عليه العقد ، أي هو المعقود عليه الذي عهد إلى الأجير المشترك أداؤه بمعنى أن القيام به هو التزام هذا الأجير مقابل التزام المستأجر بدفع الأجرة .

والعمل بهذا الوصف يجب أن يكون معلوما ، بأن يكون معينا بالعقد ، تعييناً نافياً للجهالة المفضية إلى النزاع بين الأطراف ، وذلك كمقاول البناء يجب أن يعرف تماما ما سيقوم بتشييده من حيث عدد الطوابق وعدد الشقق في كل طابق وعدد الغرف في كل شقه ومدى سمك الجدران والأعمدة . كما يجب أن يعرف

صفة المواد المستعملة في البناء والألوان التي يطلى بها واتجاهه بالنسبة للشمس والهواء وهكذا .

وتعيين المدة ليس بلازم في تعيين العمل في عقد الأجير المشترك ، ذلك أن العمل فيه يكون معلوما ببيان محله ، لأن المعقود عليه وهو العمل ، يعينه الوصف الذي يحدثه الأجير المشترك في العين بعمله .

ومتى قام الأجير بالعمل ، طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها ، أو التي تقتضيها طبيعته ، أو التي يجرى بها عرف الصنعة وعرضه على هذا الوجه على رب العمل ، وجب على هذا الأخير تسلمه و أداء عوضه وليس له الامتناع عن قبوله بأي عذر كان ، أما إذا وجد العمل مخالفاً للوصف ، كان له الخيار بين أخذه ودفع الأجرة وبين تركه للعامل بقيمته .

أما عن الأجرة : فهي في عقد الأجير المشترك مقابل العمل وكما قلنا : أن العمل يجب – باعتباره محلا للعقد– بيانه وتعيينه بالعقد ، إن كان ممكناً تعيينه ، أو يجب أن يشتمل العقد على العناصر الموصلة إلى هذا التعيين ، فكذلك الأجرة ، يجب بيانها في العقد – أو على الأقل بيان أسس تعيينها فيه – بياناً تاماً نافياً للجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع بين الأطراف . دليل ذلك ما رواه أبو هريرة وأبو سعيد رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ قال :" ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره " و بيان الأجرة يكون بأحد الأمور الآتية :

أولاً : تسمية الأجرة يوميا ، ولو لم يبين مقدار العمل الذي يعمله فيه .

ثانياً: تسمية أجرة عن كل ذراع أو متر ، أو كل قطعة ونحوها إن كان المصنوع من المقدرات .

ثالثاً : تسمية أجرة جميع العمل سواء كان العمل المصنوع من المقدرات أو من غيرها مع بيان مقدار العمل ، طولاً وعرضاً وعمقاً .

هذا عن إعلام الأجرة ، وجوبه ، وكيفيته . أما عن استحقاقها فالأصل فيه أنها لا تستحق إلا بتمام العمل – باعتباره موجبها – على الصفة المشروطة أو المعروفة.

فقد روى أن رسول الله ﷺ قال : " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه " ففيه أمر بالمسارعة إلى أداء الأجر ، وجعل أول أوقات المسارعة ، ما بعد الفراغ من العمل وقبل جفاف العرق ، فدل على أن أول وقت وجوبها هذا .

هذا عن الاستحقاق ووقته ، أما عن كيفيته : فإذا كان الأجير يشتغل في غير دار المستأجر ، فلا يستحق الأجرة إلا إذا أتم العمل كله على الصورة المتفق عليها ، وإذا كان يشتغل في دار المستأجر استحق أجرة عن كل جزء يتم عمله على الصفات المشروطة لاعتبار المستأجر قابضاً له حكماً ، فتتحقق المساواة بين المتعاقدين باستحقاق أجرته ويترتب على اعتبار العمل مقبوضاً ، أنه إذا هلكت العين بعد تمام صنعها في دار المستأجر استحق الأجير الأجرة ولا ضمان عليه .

هذا إذا لم تكن الأجرة مقيدة بشروط فإن كانت مقيدة بها ، وكان العقد منجزاً اتبعت الشروط ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط تعجيل الأجرة صح الشرط ، وكان للأجير أن يمتنع عن العمل حتى يستوفيها ، وإن كانت مؤجلة أو منجمه ، فلا يستحق شيئاً منها إلا عند حلول الأجل ، ولو أتم العمل قبله ، إعمالاً للشرط إذ المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً .

أما ضمان الأجرة فالأمر على حالين : فإما أن يكون للعامل في العمل أثر ظاهر أو لا . و إما أن تكون الأجرة حالة أو مؤجلة فإن كان للعامل أثر ظاهر في العين كالنجارة والحدادة وكانت الأجرة حالة ، جاز للعامل حبس العين عن صاحبها ، حتى يستوفي أجرته ويترتب على ذلك : أنه إذا هلكت العين عنده بدون تعد منه فلا ضمان عليه ولا أجر له ، وإن كانت الأجرة مؤجلة فليس له حق حبس العين ، فإن حبسها فهلكت فعليه الضمان .

وإذا كان العامل لا أثر له ظاهراً في العمل كالحمل ونحوه فليس له حق حبس العين لاستيفاء الأجرة ، سواء كانت حالة أم مؤجلة فإن حبسها وتلفت ضمن قيمتها ، وكان صاحبها بالخيار من أن يضمنه قيمتها محمولة وعليه أجرة الحمل ، وبين أن يضمنه إياها غير محمولة ولا أجرة عليه .

٦-٣-٢ ضمان الأجير المشترك:-

في بيان أحكام ضمان الأجير المشترك ، فرق الفقهاء المسلمون عما إذا كان الهلاك أو التلف قد جاء بفعل من الأجير المشترك ، أو بغير فعل منه . فإذا كانت الأولى ، فالضمان عليه بالاتفاق . سواء كان ذلك الفعل تعدياً منه ، كأن يكون قد بدده أو أفسده، أو نتيجة تقصيره وإهماله ، بأن يكون قد قصر في حفظه أو أهمل في العناية به العناية التي يقتضيها الحال .

أما إذا كان الهلاك أو التلف غير راجع إلى فعل من الأجيـــر المـــشترك . كسرقة أو غصب أو غرق أو حريق . فقد فرق الفقهاء بين ما إذا كان السبب لا يمكن الاحتراز منه أو يستحيل دفعه . وبين ما إذا كان عكس ذلك . ففي الحالة الأولى : حيث يكون السبب غرقاً غالباً أو حريقاً غالبـــاً أو غـــارة مفاجئـــة أو لصوصاً مكابرين ، أو سيلاً جارفاً فلا ضمان عليه بالاتفاق بين الفقهاء .

أما في الحالة الثانية : حيث يكون الحدث المسبب للهلاك أو التلف مما يمكن توقعه كضياع بسرقة ، أو تلف بسقوط فقد ذهب الإمام أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد والإمام الشافعي في أظهر قوليه ، إلى أنه لا يضمن لأن العـــين أمانـــة عنده لأنه قبضها بإذن المالك لمنفعته وهى إقامة العمل فيها له ولم يفرق هؤلاء رحمهم الله ، بين أن يكون ذلك المال ، محلا لعمله أو ليس كذلك ، ولكن يتطلب العمل وجوده تحت يده كنموذج يعمل على شاكلته وسواء أكان الإتلاف قبل بدء العمل ، أو في أثنائه أو بعد انتهائه ويروى هذا القول عن عطاء وطاووس مـــن كبار التابعين .

٦-٤ نموذج عقد استصناع:-

إنه في يوم الموافق / / قد تحرر هـذا العقد.

بين كل من:

١- السـيد / ....

و عنوانه / .... طرف أول " المقاول "

٢- السـيد / ....

و عنوانه / .... طرف ثاني " رب العمل "

أقر الطرفان بصفتهما وأهليتهما الكاملة للتعاقد واتفقا على ما يلي:

تمهيد

تقدم الطرف الثاني إلى الطرف الأول بطلب يعلن فيه عن رغبتـه فـي أن يقوم الأخير بتنفيذ مشروع بناء لحسابه على قطعة الأرض التي يملكهـا علـى مساحة ١٠ متر مربع بموجب سند الملكية رقم (......).

كما قدم الطرف الثاني إلى الطـرف الأول رخـصة البنـاء والتـصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميـات والـشروط العامة والخاصة للمشروع والتي تم إعدادها من قبل المكتب الهندسي .

وقد وافق الطرف الأول على طلب الطرف الثاني وتحرر بين الطرفين هذا العقد وفقاً للبنود التالية:

البند الأول:-

يعتبـر التمهيـد الـسابق والطلـب المقـدم مـن الطـرف الثـاني المؤرخ ....وكذلك رخصة البناء والتصاميم والمخططـات والرسوم والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المرافقـة للطلـب المـذكور والمعتمدة من الطرف الثاني جزءاً من هذا العقد ومتمماً له.

البند الثاني:-

اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول بكافة الأعمال اللازمـة لإنـشاء المشروع وتسليمه صالحاً للاستعمال وأن يلتزم بتنفيذ جميـع الأعمـال وفقـاً للشروط والتصاميم والمخططات والرسوم والمواصـفات الهندسـية وجـداول

الكميات المقدمة من الطرف الثاني ووفقاً للـشروط العامـة وكـذلك الـشروط الخاصة المبينة في هذا العقد.

البند الثالث:-

قيمة هذا العقد مبلغ (   ) ويلتزم الطرف الثاني بدفعـه للطـرف الأول على (   ) قسطاً شهرياً تحت الحساب قيمة كل قـسط (   ) يـستحق القسط الأول بعد .... من تاريخ التوقيع علي هذا العقد. ويخضع سريان هذا العقد لإجراء الرهن من الدرجة الأولي لصالح الطرف الأول(البنك) علي العقار رقم (   ) بشارع (   ) والذي يمثل أرض المـشروع ومـا عليها من مشتملات ومباني.

البند الرابع:-

يلتزم الطرف الأول بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لتشييد المشروع خلال مدة أقصاها.......... شهراً تبدأ من تاريخ تسليم الموقع ويتعهد بتسليم المـشروع صالحاً للاستعمال في نهاية المدة المحددة.

البند الخامس:-

قام الطرف الثاني بتعيين المكتب الاستشاري................. ليكون وكيلاً عنه في الرقابة على تنفيذ مراحل المشروع المختلفة وتسلم المشروع بعد إتمـام التنفيذ بالكامل ووافق الطرف الأول على ذلك المكتب .ويقوم هذا الوكيل بمراقبة الأعمال المنجزة و أنها قد نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والـشروط المتفـق عليها .وأن يقوم كذلك بإعداد شهادات الإنجاز بعد تمام الإنجـاز وأن توقيعـه عليها كوكيل عن الطرف الثاني بمثابة شهادة من الطرف الثاني بتسلم الأعمـال المنجزة وقبوله لها وإقرار منه بأنها نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والـشروط المتفق عليها.

البند السادس:-

يعتبر المشروع مستلماً من قبل الطرف الثاني بمجرد إصدار شهادة إتمـام البناء الابتدائية من قبل المكتب الاستشاري المعتمد حيث تعتبر شهادة إتمام البناء الابتدائية الصادرة من المكتب الاستشاري بمثابة تسلم ابتدائي من وكيل الطرف الثاني.

البند السابع:-

يحق للطرف الأول التعاقد مع إحدى شركات المقاولات لتنفيذ المشروع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني. كما يحق للطرف الأول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها و عدم الوصول إلى اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على سير العمل ، استبدالها و التعاقد مع شركة أو شركات أخرى لإكمال تنفيذ المشروع.

البند الثامن :-

يقبل الطرف الثاني -غير قابل للنقض أو الإلغاء- ضمان تنفيذ جميع الأعمال بالمشروع من الطرف الأول أو من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الأول لتنفيذ المشروع و بناء على هذا فإن الطرف الثاني يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الأول في أية مطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلاً بعد تسليم المشروع نتيجة سوء تنفيذ شركة المقاولات أو لأي سبب آخر ، و يلتزم الطرف الثاني بناء على ذلك بالرجوع على شركة المقاولات في أية مطالبة أو ادعاء .

البند التاسع :-

في حالة تأخر الطرف الأول أو من يتعاقد معه عن إتمام تنفيذ المشروع في الموعد المحدد فإنه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم يكن هناك أسباب قوية لم يتسبب فيها الطرف الأول و تكون خارجه عن إرادته .

البند العاشر :-

في حالة و جود أي أعمال إضافية أو تعديلات يقترح الطرف الثاني أو المكتب الاستشاري أو كلاهما معاً ضرورة إدخالهما مما قد يؤثر على شروط و قيمة هذا العقد ، فإن على الطرف الثاني مراجعة الطرف الأول و الاتفاق على تعديل العقد أو أخذ موافقته على التعديل المقترح قبل تنفيذ أية أعمال خلاف الأعمال المعتمدة سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان.كما أن عليه تزويد الطرف الأول بموافقة المكتب الاستشاري على التعديلات المطلوبة و تعديل المخططات و التصاميم و المواصفات تبعاً لذلك .

البند الحادي عشر :-

في حالة توقيع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد بصفته طرف ثان ، يكون جميع الموقعين مسئولين و ضامنين متضامنين ، منفردين أو مجتمعين ،

تجاه الطرف الأول عن تسديد المبالغ المطلوبة من الطرف الثاني بموجب هـذا العقد.

البند الثاني عشر :-

ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد نفسه فإن الأحكام و الشروط الواردة في الشروط العامة للتعاقد و الصادرة من .... تسود على أحكام أي مستند آخر يمثل جزءا من العقد.

البند الثالث عشر :-

أ- يتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الإسلامية .

ب- أي خلاف ينشأ عن تطبيق هذا العقد و أو متعلق به، يعرض على لجنة تحكيم تشكل من ثلاثة أعضاء ويكون حكمهـم ، سـواء صـدر بالإجماع أم بالأغلبية ، ملزماً للطرفين ، و غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائز قانوناً وتمثل اللجنة على الوجه التالي :

١-حكم يختاره الطرف الأول.

٢-حكم يختاره الطرف الثاني.

٣- حكم يختاره المحكمان الأول و الثاني و تكون له الرئاسة.

و في حالة عدم توفر الأغلبية ، يحال الخلاف موضوع التحكيم إلى المحاكم المختصة.

البند الرابع عشر :-

اتفق الطرفان على أن عنوان كلا منهما الموضح بصدد هـذا العقـد هـو العنوان الصحيح و أن كل إعلان أو إخطار عليه يكون صحيحاً.

البند الخامس عشر:-

حرر هذا العقد من نسختين أصليتين موقعتين من قبل الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية و القانونية بتاريخ / / ٢٠٠ ويسقط الطرف الثاني حقه في الادعاء بكذب الإقرار و/أو أي دفع شكلي أو موضوعي ، ضد ما جاء في هذا العقد.

الطرف الأول الطرف الثاني

الفصل السابع

عقد المقاولة في القوانين المدنية

محتويات الفصل

٧- **عقد المقاولة في القوانين المدنية:-**

CONSTRUCTION CONTRACTS

مصادر الالتزام التعاقدي وأساسه القانوني :

إذا كان للالتزام عدة مصادر فإن العقد هو المصدر الأساسي لنشأة الالتزام بل الحقوق المالية بصفة عامة واستعمال لفظ العقد يستند إلى قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١].

وقد عرفت المادة ٣١ من القانون المدني الكويتي العقد بقولها أن (العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون) ومقتضى هذا التعريف ما يوضح أن العقد يجب أن يتوافر له ثلاثة أركان أساسيه:-

١- التراضي.

٢- المحل.

٣- السبب.

وتخلف أحد هذه الأركان يرتب جزاء البطلان للعقد و الرضاء في العقد كركن أساسي للعقد يستوجب توافر أمرين أساسيين :-

الأول: هو ارتباط الإيجاب بالقبول وهو ما يكون الإرادة المشتركة .

الثاني: اتجاه الإرادة المشتركة لإحداث أثر قانوني .

وارتباط الإيجاب بالقبول كأساس للعقد مستمد من تعريف العقد طبقاً للفقه الإسلامي وهو:- توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر معين فالإرادة إذن هي توجيه العقد. فلابد من تراضي المتعاقدين حتى يقوم العقد وهذا التراضي يجب أن يتجه إلى تحقيق غاية مشروعه وهذا هو سبب العقد (المذكرة الإيضاحية ص ٤٢).

ويوضح الشكل التخطيطي (٧-١) محتويات هذا الفصل.

عقد المقاولة في القوانين المدنية

٧-١ المقاولة والعمل

٧-٢ المقاولة والوكالة وأصحاب المهن الحرة

٧-٢-١ الوكالة عقد غير لازم

٧-٢-٢ أوجه الاتفاق والخلاف بين المقاولة والوكالة

٧-٣ عقد المقاولة عند الأنجلو سكسون

٧-٤ أركان عقد المقاولة .

٧-٤-١ الرضا في المقاولة

٧-٤-١-١ الإيجاب

٧-٤-١-١-١ أحكام الإيجاب

٧-٤-١-٢ القبول

٧-٤-١-٢-١ شروط القبول

٧-٤-١-٢-٢ ارتباط القبول بالإيجاب

٧-٤-١-٣ التعاقد بالإذعان

٧-٤-١-٤ عيوب الرضا

٧-٤-١-٤-١ الغلط

٧-٤-١-٤-١-١ شروط التمسك بالغلط

٧-٤-١-٤-١-٢ الآثار القانونية للغلط

٧-٤-١-٤-٢ التدليس

٧-٤-١-٤-٢-١ النصوص القانونية الخاصة بالتدليس

٧-٤-١-٤-٢-٢ شروط التمسك بالتدليس لإبطال العقد

٧-٤-١-٤-٣ الإكراه

٧-٤-١-٤-٣-١ شروط التمسك بالإكراه

٧-٤-١-٤-٤ الاستغلال

٧-٤-١-٤-٥ الغبن

٧-٤-٢ المحل في المقاولة

٧-٤-٢-١ الشروط الواجب توافرها في المحل

٧-٤-٣ السبب في عقد المقاولة

٧-٤-٣-١ الأجر في عقد المقاولة

٧-٤-٣-١-١ العناصر التي يتم تحديد الأجر علي حسابها طبقاً للقانون المصري

شكل (٧-١)

٧-١ المقاولة و العمل:-

Construction Contract and Labor Contract

يتفق عقد المقاولة مع عقد العمل في أن الأداء الرئيسي في كلا العقدين هو القيام بعمل معين، ومن شأن ذلك أن يؤدى إلى اشتباه العقدين رغـم اخـتلاف القواعد التي يخضع لها كلا من العقدين . والرأي المسلم به في الوقت الحاضر هو أن عقد العمل يتميز عن عقد المقاولة بأنه يخول رب العمل سلطة توجيه ما يؤدى له من خدمات، بحيث يقوم العامل بأداء ما هو مكلـف بـه تحـت إدارة وإشراف رب العمل، ويعبر عن ذلك بأن العامل يكون في مركـز خـضوع أو تبعية بالنسبة لرب العمل، أما في المقاولة فإن المقاول يقوم بالعمل المعهود بـه إليه مستقلاً، عن أي إشراف أو توجيه من قبل رب العمل، فهو الـذي يختـار وسائل التنفيذ، من أدوات ومهمات ومعاونين، وهو الذي يحدد كيفية هذا التنفيـذ ووقته، وما دام عمله مطابقًا لما هو متفق عليه في العقد، ولما تفرضـه عليـه الأصول الفنية لمهنته، فلا يجوز لرب العمل أن يتدخل في تنفيـذ العمـل، ولا يلتزم المقاول بإطاعة أوامره وتوجيهاته في هذا الشأن، وقد أخذ القانون المدني المصري بهذا المعيار ، فنجده في المادة ٦٧٤ مدني مصري يعرف عقد العمل بأنه " العقد الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقـد الآخـر وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " ، فهو قد حرص أن يبرز في هذا التعريف أن العامل يقوم بالعمل تحت إدارة وإشراف رب العمـل في حين أن تعريف المقـاولة قد خلا من الإشارة إلى هذه الخاصـية، فعلاقـة التبعية بين العامل ورب العمل، هي التي تميز العمل عن المقاولة. ويقابل ذلـك المادة ٨٩٧ من القانون الإماراتي.

ومتى توافرت رابطة التبعية على التحديد السابق، كان العقـد عمـلاً، وإن انتفت كان العقد مقاولة، فالتمييز بين العقدين إذن يقوم على أساس معيار التبعية وحده .

٧-٢ المقاولة والوكالة و أصحاب المهن الحرة:-

Difference between a construction contract and a professional service contract:-

الـوكـالة شرعاً إقامة الغير مقام نفسه في تصرف معلوم ، ودليل جوازها قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ [الكهف:١٩] سورة الكهف. لأن ذلك كان توكيلاً وما روى من أن رسول الله ﷺ وكل حكيم ابـن

حزام بشراء الأضحية ، كما أجمعت الأمة على جوازها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا . وسببها حاجة الناس إليها لترفهم أو عجزهم .

وتعريف الوكالة كما أوردته المادة ٦٩٨ مدني كويتي هو (عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني) ويخلص من هذا التعريف أن محل الوكالة الأصلي يكون دائماً تصرفاً قانونياً ، حتى لو استتبع هذا التصرف القيام بأعمال مادية تعتبر ملحقة به وتابعة له . وهذا ما يميز الوكالة عن غيرها من العقود ، وبخاصة عقدي العمل والمقاولة . أما إذا كان العمل المعهود به قد تمحض عملاً مادياً ، فإن العقد لا يكون وكالة ، بل قد يكون عقد عمل أو عقد مقاولة فالتصرف القانوني الذي يبرمه النائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة.

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني المصري المادة ٦٩٩ وفي التقنين المدني السوري المادة ٦٦٥ في التقنين المدني العراقي المادة ٩٢٧ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٦٩ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٣٣ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٦٩٩.

تنص المادة ٧٠٣ من القانون المدني الكويتي على أن (لا تجعل الوكالة للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين).

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني المصري المادة ٧٠٢ وفي التقنين المدني السوري المادة ٦٦٨ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٣١ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٧٧٧-٧٧٨ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٣٦-٨٣٨ وفي التقنين المدني الليبي المادة٧٠٢.

و التزامات الوكيل طبقاً لنص المادة ٧٠٤ مدني كويتي هي :-

١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة.

٢-على أن له أن يخرج عن حدود الوكالة متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني المصري المادة ٧٠٣ وفي التقنين المدني السوري المادة ٦٦٩ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٣٣ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٨٧-٧٧٩-٧٨٠ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٤٠ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٠٣.

وأول هذه الالتزامات تنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة وعدم تجاوزها ولكن للوكيل أن يخرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا إذا كانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة ليتبين موقفه به كذلك يجب أن يبذل الوكيل في تنفيذ الوكالة القدر الواجب من العناية فإذا كانت الوكالة بأجر ، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الشخص العادي (مادة ٧٠٥ /٢) مدني كويتي ، ويلتزم الوكيل باطلاع موكله على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة أثناء سريانها ، من تلقاء نفسه أو كلما طلب منه الموكل ذلك في أوقات معقولة وأن يقدم له حسابا عن وكالته عند انتهائها . ويجب أن يكون الحساب مفصلاً شاملاً لجميع أعمال الوكالة ومؤيداً بالمستندات حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل. و يقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني المصري المادة ٧٠٤ وفي التقنين المدني السوري المادة ٦٧٠ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٣٤-٩٣٥ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٨٥-٧٨٦-٧٩٠ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٤١ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٠٤.

وأخيراً ، يلتزم الوكيل ، إذا وقع في يده مال الموكل ألا يستعمله لصالح نفسه بدون إذن وإلا كان ملزما بتعويض الموكل تعويضاً عادلاً يقدره القاضي بمراعاة ظروف الحال ، وذلك وفقاً للمادة ٧٠٧ من القانون المدني الكويتي والتي تنص علي أنه (ليس للوكيل أن يستعمل مال موكله لصالح نفسه بدون إذن ، وإلا كان ملزماً بتعويض الموكل تعويضاً عادلاً يقدره القاضي مع مراعاة ظروف الحال).

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني المصري المادة ٧٠٦ وفي التقنين المدني السوري المادة ٦٧٢ في التقنين المدني

العراقي المادة ٩٣٧ وفي تقنين الموجبات و العقود اللبناني المادة ٧٨٩ و في التقنين المدني الليبي المادة ٧٠٦ .

ويعرض القانون الكويتي بعد ذلك في المادتين ٧٠٨ ، ٧٠٩ لتعدد الوكلاء ومسئولياتهم فيفرق في ذلك بين فرضين :-

الأول: أن يعين الوكلاء بعقود متفرقة ، وفي هذه الحالة يجوز لأي وكيل منهم أن ينفرد بالعمل ، إلا إذا اشترط الموكل عليهم أن يعملوا مجتمعين ، فعندئذ لا يجوز لأحد منهم أن ينفرد بالعمل (مادة ٧٠٨ /١) مدني كويتي .

الثاني: أن يعين الوكلاء بعقد واحد – وفي هذه الحالة يجب عليهم أن يعملوا مجتمعين إلا إذا رخص الموكل لهم ، صراحة أو ضمناً ، في الانفراد بالعمل . على أنه يستثنى مما تقدم أن يكون التصرف محل الوكالة مما لا يحتاج تبادل الرأي فيجوز لأي من الوكلاء أن يباشره منفردا (مادة ٧٠٨ /٢) (مدني كويتي) لانتفاء الحكمة من وجود اجتماعهم والأصل أنه إذا تعدد الوكلاء ، فإنهم لا يكونون متضامنين في التزاماتهم قبل الموكل باعتبارهم مدنيين ، لأن التزاماتهم ناشئة عن العقد ولا تضامن في الالتزامات العقدية إلا باتفاق أو بنص في القانون ، على أن المشرع قد نص على تضامن الوكلاء في حالتين :

إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، كأن يكون العمل الموكل به هو بيع و إذا كانت الوكالة قابلة للانقسام تقضي المادة ٧١٠ من القانون الكويتي أنه لا يجوز للوكيل أن يقيم نائباً عنه إلا بإذن الموكل . فإذا رخص الموكل للوكيل في إقامة نائباً عنه دون تعيين لشخصه ، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات ويجوز في هذه الحالة للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر فهو يلتزم بأن يدفع له الأجر وأن يرد له ما أنفقه وأن يعوضه عما يصيبه من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة . (المذكرة الإيضاحية).

و يقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني المصري المادة ٧٠٨ وفي التقنين المدني السوري المادة ٦٧٤ و في التقنين المدني العراقي المادة ٩٣٩ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٧٨٢-٧٨٤-٨١٧ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٤٣ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧٠٨.

فالوكالة تنتهي إنتهائاً عادياً بإتمام العمل الموكل فيه أو بانقضاء الأجل المعين لها ، كما تنتهي أيضا بموت الموكل أو موت الوكيل أو بفقد أحداهما لأهليته (ماده ٧١٦) مدني كويتي.

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني المصري المادة ٧١٤ وفي التقنين المدني السوري ٦٨٠ و في التقنين المدني العراقي المادة ٩٤٦ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٨٠٨-٨٠٩ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٦٢ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧١٤.

٧-٢-١ الوكالة عقد غير لازم:-

نظراً لأن الوكالة عقد غير ملزم فإنها تتسم بصفات مختلفة عن باقي العقود وتتضح من الآتي :

(أولاً) للموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت قبل إتمام العمل محل الوكالة ، فتنتهي الوكالة بعزله ، وله من باب أولى أن يقيد من وكالته (مادة ٧١٧ /١ مدني كويتي) كأن يوكله في الإشراف واستلام المشروع و قبول الأعمال وتعتبر هذه القاعدة من النظام العام ، على أنه يرد على عزل الموكل الوكيل أجر بغير مبرر معقول أو في وقت غير مناسب فإنه على الرغم من صحة العزل وانعزال الوكيل به فإنه يكون للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء هذا العزل (مادة ٧١٧ / ٣) مدني كويتي.

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني المصري المادة ٧١٥ وفي التقنين المدني السوري المادة ٦٨١ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٤٧ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٨١٠-٨١٧-٨٢٢ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٦٣-٨٦٤ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧١٥.

(ثانياً) كذلك يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة في أي وقت قبل إتمام العمل الموكول إليه ويتم التنحي بإعلانه للموكل (مادة ٧١٨ مدني كويتي) ، فلا ينتج التنحي أثره إلا بوصوله إلى علم الموكل . وجواز تنحى الوكيل كجواز عزله ، قاعدة تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها و لكن للتنحي قيود ترد عليه منها :-

(١) أنه إذا تنحى عنها في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبـــول صــح تنحيه ، ولكنه يكون مسئولاً عن تعويض الموكل عما يلحقه من ضرر (مـــادة ٧١٨ /١ مدني كويتي).

(٢) إذا كانت الوكالة لصالح شخص من الغير فلا يجـــوز التنحـــي عـــن الوكالة إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر هذا التنحي مع إخطار الغير وإعطائـــه وقتاً كافياً ليتخذ ما يراه مناسبـــا لرعايـــة مـــصالحه (مـــادة ٧١٨ /٢ مـــدني كويتي) ، أما إذا كانت الوكالة لصالح الوكيل نفسه فإنه يجوز له التنحـــي دون شرط لأنه هو الذي يقدر مصلحته.

(٣) وإذا انتهت الوكالة قبل انتهاء العمل الموكل فيه ، فإنـــه يجـــب علـــى الوكيل بالرغم من انتهاء وكالته بالعزل أو التنحي أو موت الموكل أو غير ذلك من الأسباب أن يستمر في الأعمال التي بدأها حتى يصل بها إلـــى مرحلـــة لا يخشى معها ضرر على الموكل .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخـــرى : فـــي التقنـــين المـــدني المصري المادة ٧١٦ في التقنين المدني السوري المادة ٦٨٢ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٩٤٧ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٨٣٥-٨١٦-٨٢٢ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٦٥-٨٦٦ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٧١٦.

٧-٢-٢ أوجه الاتفاق والخلاف بين المقاولة والوكالة:-

تتفق المقاولة مع الوكالة في أن محل التزام المدين في كل منهما القيام بعمل لحساب الآخر، ولكن يختلف العقدان في كون محـــل الوكالـــة عمـــل قـــانوني (٦٩٨مدني كويتي) في حين أن محل المقاولة القيام بعمل مادي، ويترتب علـــى هذا الاختلاف بين طبيعة كل من العقدين نتيجة هامة وهي أن الوكيل إذ يقـــوم بعمله يفعل ذلك باسم الموكل، بحيث تضاف الأعمال القانونية التي يبرمها إلـــى الموكل كما لو كان هو الذي عقدها مباشرة، أما المقاول فهو وإن عمل لحساب رب العمل إلا أنه يعمل باسمه الخاص، فهو لا يمثل رب العمل أو ينوب عنـــه، وبالتالي فإن التصرفات القانونية التي يبرمها المقاول في ســـبيل تنفيـــذ العمـــل الموكول إليه إنما تضاف إليه شخصياً، ولا تنصرف إلى رب العمل .

فمثلاً المهندس الاستشاري مهمته مادية محضة وهـــي وضـــع المـــستندات التعاقدية اللازمة للبناء، و إعداد الرسومات والمواصفات، وإذا كان الاستشاري

في قيامه بهذه المهمة يعمل لحساب رب العمل، فهو لا يمثله ولا ينوب عنه، بل يعمل بإسمه الخاص، ولما كان عمله مستقلاً، لا يخضع لإشراف أو رقابة من جانب رب العمل، فإن العقد الذي يربطه مع رب العمل عقد مقاولة .

غير أن المهندس إذا أسند إليه الإشراف تكون له السلطة في إدخال تعديلات على التصميمات الأصلية، أو إضافة أعمال جديدة، والسلطة في معاينة وفحص واختبار الأعمال وإصدار التعليمات حسب العقد وقبول البناء بعد الانتهاء من العمل، والسلطة في فحص حسابات مقاولي البناء وتسويته معهم، ولا شك أن هذه الأعمال (إدخال تعديلات على العقد المبرم بين رب العمل ومقاول البناء، القبول، تسوية الحساب) تعتبر كلها أعمالاً قانونية ، يقوم بها الاستشاري بالنيابة عن رب العمل. فهو هنا وكيل لرب العمل والعقد الذي ربطه مع رب العمل عقد وكاله.

حالة عملية:

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٧٣)

المقاول لا يخضع لإدارة رب العمل وإشرافه بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد ومن ثم لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل ولا يكون الأخير مسئولاً عن أعماله مسئولية المتبوع عن عمل التابع.

عدم مسئولية الوزارة عن كافة الأضرار التي تنجم عن الأعمال المتعلقة بإنشاء أو صيانة الأشغال . حيث إن الوزارة هي رب العمل والمقاول مستقل عنها. (حكم محكمة الاستئناف – الدائرة التجارية الثانية – الطعن رقم ٩٣/٥١٥ جلسة ١٩٩٤/٦/٢٦).

٧-٣ عقد المقاولة عند الأنجلوسكسون:-

أركان العقد وفقا للقانون الأنجلوسكسوني يمكن تلخيصها فيما يلي:

١- الإيجاب والقبول (Offer AndAcceptance) بحيث يجب أن يلتقي الإيجاب (Offer) والقبول ، مع ضرورة خلو الرضا من العيوب التي قد تشوبه ، مثل الغلط والإكراه والتدليس.

٢- تطابق النوايا (Mutual Intent) أي أن الطرفين متفقان على بنود العقد الأساسية.

٣- السبب الدافع للتعاقد (ConsiderAtion) وهو يمثل النفع العائد على الأطراف من التعاقد.

٤- مشروعية محل التعاقد (Legaltty) ويقصد بذلك عدم مخالفة محـــل العقد للقانون.

٥- أهلية المتعاقدين (Capactty) أي أن الأطراف تملك الأهلية للتعاقد.

ويتضح من هذا العرض أن أركان العقد في النظام الأنجلوسكسوني والقانون المدني متقاربة إلى حد كبير.

٧-٤ أركان عقد المقاولة:-

أركان العقد

- ١- الرضا
  - ١-١ الإيجاب
  - ١-٢ القبول
- ٢- المحل
- ٣- السبب
  - ١-٢ الأعمال
  - الأجر

حدد المشرع الكويتي أركان العقد بالمواد التالية :

حيث تنص المادة ٣١ من القانون المدني الكويتي علي أن (العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون). ومقتضى هـذا التعريـف أن يبرز في شأن الرضاء بالعقد – وهو الركن الأساسي فيه – أمرين أساسين :

(الأول) ارتباط الإيجاب بالقبول ، وهو مـا يكـون الإرادة المـشتركة، (الثاني) اتجاه الإرادة المشتركة إلي إحداث أثر قانوني.

كما تنص المادة ٣٢ من ذات القانون علي أنه (ينعقد العقد بمجرد ارتبـاط الإيجاب بالقبول ، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانونـاً، وذلـك دون إخلال بما يتطلبه القانون ، في حالات خاصة ، من أوضاع معينة لانعقـاد العقد).

وأركان عقد المقاولة كالأركان في سائر العقود ثلاثة وهي :

١- التراضي　　　٢- المحل　　　٣- السبب

٧-٤-١ أولاً : الرضا في المقاولة　　　Mutual consent

يعتبر الرضاء الركن الأول لقيام العقد ، وبالنظر لما نص عليـه القـانون المدني بهذا الخصوص ، فسيتم لاحقاً التطرق لتلـك المـواد وشـرح المعنـى المقصود منها طبقاً لما حددته المذكرة التفسيرية :

وتنص المادة ٣٣ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- يلزم ، لوجود الرضاء ، توافر الإرادة عند إجراء التصرف ، وأن يحصل التعبير عنهـا .٢- ويفترض توافر الإرادة عند إجراء التصرف ، ما لم يثبت العكـس أو يقـضي القانون بخلافه).

وتتناول الفقرة الأولى عنصري الرضاء السابقين من حيـث الموضـوع ، متطلبة توافرهما ، إذ أن الرضاء لا يقوم بغير الإرادة ، ولا تتوافر الإرادة فـي المتعاقد ، إلا إذا وعى وتدبر أمر التعاقد الذي هو مقدم عليه ، وانتهى إلـى أن يقصده ، بيد أن توافر الإرادة وحده لا يكفي ، فالقانون لا يعتد بالإرادة طالمـا بقيت حبيسة في نفس صاحبها، فلابد أن تخرج إلى العالم الخارجي الملمـوس، ويتم ذلك عن طريق التعبير عنها ، وبهذا يمكن أن يقال أن الإرادة التي يعتد بها القانون في إنشاء العقود والتصرفات القانونية بوجه عام ، تمر بثلاث مراحل : التدبير والتقرير والتعبير ، والمرحلتان الأوليتان نفسيتان ، أما الثالثـة فتأخـذ مظهراً مادياً.

وتعرض الفقرة الثانية من المادة للإرادة من حيث الإثبات ، وهي تقيم قرينة على توافرها عند إجراء التصرف ، تمشياً مع الغالـب فـي شـأن النـاس ، واستقراراً للمعاملات بينهم ، ولكن هذه القرينة بسيطة فيجوز إثبات عكسها ممن يدعيه ، ثم إن هذه القرينة لا يمكن لها أن تقوم بمخالفة حكم يمليه القانون بانعدام الإرادة كما هو الشأن في حالة الصبي غير المميز.

ولتحقيق الرضا في عقد المقاولة يجب أن يكون هناك إيجاب من طـرف و يقابله قبول من الطرف الآخر وسوف يتم شرح العناصر المشتركة في الإيجاب والقبول وبيان العلاقة بالعقود الهندسية.

٧-٤-١-١الإيجاب **Offer**

الإيجاب هو العرض الصادر من الموجب متضمناً عزمه النهائي على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له.

ولأن الإيجاب يترتب عليه انعقاد العقد، بمجرد اقترانه بقبول مطـابق لـه، فيتعين أن يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه وهي، على الأقـل ، طبيعة العقد وشروطه الأساسية الواجب توافرها في العرض حتى يعتبر ايجابـاً قانونياً .

ويشترط في العرض الذي يتقدم بـــه الموجـــب لاعتبـــاره إيجابـــاً بمعنـــاه القانوني ، توافر شرطين هما :-

(١) أن يكون هذا العرض جازماً باتاً، أي عرضاً نهائيـــاً يوضـــح عـــزم الموجب ونيته القاطعة إلى التعاقد، بحيث ينعقد العقد بمجرد قبول العرض ممن وجه إليه.

فإذا كان العرض غير جازم فلا يكون إيجاباً، وعلى ذلك لا يعتبـــر إيجابـــاً مجرد الدعوة إلى التعاقد وما يتخللها من تفاوض ومساومة بين الطرفين حـــول شروط التعاقد، فكل ذلك لا يخرج عن كونه مراحل تمهـــد لإبـــرام العقـــد، ولا تصبح إيجاباً إلا إذا توافرت النية الجازمة القاطعة في إبرام العقد.

(٢) يتعين لاعتبار العرض إيجاباً، إلى جانب كونه جازماً، أن يكون محدداً، أي متضمناً كل العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، فاشـــتراط أن يكـــون الإيجاب محدداً يستلزم أن يكون كاملاً، أي متضمناً كل ما يلزم الاتفـــاق عليـــه حتى ينعقد العقد. فيجب أن يتم التراضي بين المقاول ورب العمل على ما هـــو العقد والعمل الذي يؤديه المقاول لرب العمل والأجر الذي يتقاضاه منه .

وبخصوص هذا البند ، فلقد أورد المشرع الكويتي المواد التالية ، وشـــرح المعنى المقصود منها طبقاً لما حددته المذكرة التفسيرية للقانون المدني الكويتي :

وتنص المادة ٣٩ من القانون المدني الكويتي علي أنـــه (يعتبـــر إيجابـــاً العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له، ويلزم أن يتضمن ، على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية).

وتعتمد هذه المادة لتحديد ما يعتبر إيجاباً يقوم العقد بقبوله ، فقد يـــدق فـــي بعض الأحيان تكييف ما يصدر من المتعاقد أهو إيجاب أم هو مجرد دعوة إلـــى التعاقد ، أو من قبيل التفاوض بشأنه ، ولهذا التكييف أهمية لا تخفى ، فالإيجاب خطوة إلى العقد نصل به إليه بمجرد أن يقترن به القبول، وعندئذ يمتنـــع علـــى صاحبه النكول والرجوع ، أما الدعوة إلى التعاقد فإن تلبيتها تتضمن إيجاباً يلزم قبوله ممن وجهها ليقوم العقد ، وبهذه المثابة يجوز لهذا الأخير أن يتحلل مـــن إبرام العقد مع عدم الإخلال بما تقتضيه قواعد المسئولية التقصيرية من تحميلـــه بالتعويض إذا كان له محل.

كما تنص المادة ٤١ من القانون المدني الكويتي علي أنـــه (١- للموجـــب خيار الرجوع في إيجابه ، طالما لم يقترن به القبول.٢- ومع ذلـــك ، إذا حـــدد

الموجب ميعاداً للقبول ، أو اقتضت هذا الميعـاد ظـروف الحـال أو طبيعـة المعاملة ، بقي الإيجاب قائما طوال هذا الميعاد ، وسقط بفواته).

وتنص المادة ٤٢ من القانون المدني الكويتي علي أنه (يـسقط الإيجـاب بموت الموجب أو الموجب له أو بفقد أحدهما الأهلية).

كما أن مجرد الإفصاح عن النية أو الرغبة في التفاوض أو الـدخول فـي مفاوضات لا يعد إيجاباً ولذا فإن في حالة قبولها لا ينشأ عقد إذ يجب أن يكـون الإيجاب محدد الصيغة والألفاظ وموجه إلى المختص لإتمام قبوله والتعاقد (فـي الفقه الانجلو سكسونى) .

" ... to constitute a contract, there must be an offer by one person to another and an acceptance of that offer by the person to whom it is made. A mere statement of a person's intention, or a declaration of his willingness to enter into negotiations is not an offer and cannot be accepted so as to form a valid contract"

(Acme Grain Co. v. Wenaus, 1917)

على سبيل المثال:

يسعدنا تلقي طلبكم والذي سوف يحظى باهتمامنا الفوري .

ولذا يجب تحديد الصيغة المستعملة وفقاً للظروف وما إذا كان ما يصدر من المجيب هل هو مجرد عرض أسعار أو أنه إيجاب وعرض للبيع.

“We quote you" has been held not to be an offer but "shall be happy to have an order from you to which we will give prompt attention" was held to be an offer. In each case of this type, it is a question to be determined upon the language used, and in light of the circumstances in which it is used, whether what is said by the vendor is a mere quotation of price or in truth an offer to sell."

(Canadian Dyers Association v. Burton (1920)

إن العرض البديل أو الإيجاب أو الرد على إيجاب بإيجـاب هـو رفـض للإيجاب الأصلي .

: Acceptance validates the contract ... It also must be clear, unequivocal, unconditional and made by the person to whom the offer is intended.

The court stated that a counter-offer normally terminates the

original offer, which is no longer subject to acceptance.

Livingstone v. Evans (1925)

مثال:

إذا عرض المقاول نظير القيام بالأعمال مبلغ مائة ألـــف دولار إلا أن رب العمل عرض عليه أن يقوم بهذه الأعمال نظير تسعين ألف دولار فذلك العرض من رب العمل يعتبر رفضاً لعرض المقاول أي رفضاً لإيجاب المقاول ويعد ذلك إيجاباً جديداً ولكن من قبل رب العمل وفي حالة رفض المقاول هذا الإيجاب أي رفض العمل نظير تسعين ألف لا يجوز لرب العمل إلزام المقاول بالعرض الذي تقدم به سابقاً (مائة ألف دولار) لأنه قد رفض ذلك العرض بالإيجاب الذي تقدم به.

– إذا سلك أحد الأطراف مسلكاً يعبر به عن شروطه ونيته في التعاقد بمـــا يمكن أن يعتمد عليه الشخص العادي واعتمد الطرف الآخر على ذلك الـــسلوك كدليل لنية الطرف الأول وشروطه واتخذ مسلكاً يظهر قبوله بهذه الشروط فـــإن سلوك الأطراف في هذه الحالة يعد كعقد بينهما يلتـــزم فيـــه الأطـــراف بهـــذه الشروط.

......"If, whatever a man's intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was consenting to the terms proposed by the other party and that other party upon that belief enters into a contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms." Saint John Tug Boat Co. v.

Irving Refinery Ltd. (1964)

– العقد يتم بتوافر الإيجاب والقبول المحددين كتابة ويمكن أن يتم التعاقـــد شفوياً بإيجاب وقبول صحيحين ويستنتج ذلك من ظاهر الأحوال وسلوك أقـــران التعاقد

مثال : إذا صدر إيجاب (موافقة) من شخص على إنجاز عمارة مكونة من ثلاثة طوابق فإن قيام الشخص الآخر المتعاقد معـــه بإعـــداد الأرض وإعـــداد الرسومات يعد قبولاً لهذا الإيجاب وهذا العرض طالما صاحبته من الأعمال ما يدل على ذلك .

٧-٤-١-١-١أحكام الإيجاب **Offer rules**

الأصل العام – إذن – هو أن الإيجاب قبل اقتران القبول به يكون غير ملزم لصاحبه ، طالما لم يكن محدداً له موعد للقبول، صراحة أو ضمناً وفي هذا المعنى تقرر المادة (٤١) من القانون المدني الكويتي أن (١- للموجب خيار الرجوع في إيجابه، طالما لم يقترن به القبول.٢- ومع ذلك ، إذا حدد الموجب ميعادا للقبول ، أو اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة، بقي الإيجاب قائماً طوال هذا الميعاد ، وسقط بفواته).

أولاً : رفض الإيجاب: Offer refused

يترتب على رفض الإيجاب ، أي عدم قبوله من الموجب له، سقوطه كذلك يعتبر الإيجاب المتعارض رفضاً ضمنياً للإيجاب. إذا كان الإيجاب محدداً له ميعاد للقبول ، صراحة أو ضمناً، فإنه يسقط بمجرد انقضاء الموعد المحدد دون أن يصدر قبول من الموجب له.

– يؤخذ بمبدأ عدم لزوم الإيجاب على صاحبه ، لما فيه من التيسير عليه بمنحه فرصة التحلل من العقد ، إذا أصبح عنه راغباً ، أي في حالة ما إذا اقترن الإيجاب بميعاد محدد للقبول " التزم الموجب بالبقاء على إيجابه " ، أي " التزم الموجب بإيجابه " ويسقط الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول ، بمجرد فوات هذا الميعاد .

٧-٤-١-٢ القبول:- **Acceptance**

يقصد بالقبول، في مجال التعاقد، موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي ضمنها، دون تعديل، ويترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب وكان الإيجاب مازال قائماً.

٧-٤-١-٢-١ شروط القبول :-

يشترط في القبول الذي يترتب عليه انعقاد العقد شرطان هما :

(١) مطابقته للإيجاب.

(٢) صدوره والإيجاب مازال قائماً.

فإذا جاء القبول غير مطابق للإيجاب سواء بالزيادة أو بالنقص أو بالتعديل بأية طريقة أخرى اعتبر ذلك رفضاً للإيجاب متضمناً إيجاباً جديداً لا ينعقد معه

العقد إلا إذا قبله الموجب. أي يعد رفضاً للإيجاب وكذلك إذا جاء القبول معلقـاً على شرط أو مقترناً بأجل.

وإذا كان الإيجاب محدداً بمدة معينة فيجب لكي يترتب على القبول أثره أن يصدر خلال مدة قيام الإيجاب، فإذا جاء بعد انقضاء مدته أو بعد سـقوطه لأي سبب كان، اعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول مـن الطرف الآخر.و تلك الحالات التي ينقلب فيها القبول إلى إيجاب يحتاج إلى قبول جديد.

وبخصوص هذا البند ،فقد ذكر القانون المدني المواد التالية ، وشرح المعنى والمقصود منها طبقاً لما حددته المذكرة التفسيرية :

حيث تنص المادة ٤٣ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- للموجب له خيار القبول. ٢- ويلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب . ٣- وإذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد عليه أو ينقص منه أو يعدل فيه بأيـة طريقـة أخرى ، اعتبر رفضاً له متضمناً إيجاباً جديداً).

وتعرض هذه المادة للقبول ، باعتباره الخطوة الأساسـية الثانيـة لانعقـاد العقد ، وتقضي في فقرتها الأولى بأن الموجب له الخيار فيه فلـه أن يرتـضي الإيجاب أو أن يرفضه ، والأصل أنه لا معقب عليه في هذا ، إذ الأمـر أمـره ومتروك لتقديره، بيد أنه إذا كان الإيجاب قد جاء من صاحبه تلبيةً لدعوة إلـى التعاقد سبق أن وجهت من الموجب له، فقد يتحمل هذا الأخير بالمسئولية إذا لم يستند رفضه للإيجاب إلى مبرر سائغ.

وتعرض الفقرة الثانية لما يعتبر قبولاً ، وتستلزم لذلك أن يجيء الرد مـن الموجب له مطابقاً للإيجاب، ويجب أن تكون هذه المطابقة تامة شاملة كل مـا تناوله الإيجاب من أمور التعاقد.

وتجيء الفقرة الثالثة لتبين حكم عدم التطابق بين الإيجاب وبين الرد عليـه من الموجب له ، وتقضي بأن مثل هذا الرد يعتبر رفضاً للإيجاب ، فأي إختلاف بين الإيجاب وبين الرد عليه ، سواء بالزيادة أو بالنقصان في مداه ، أو بالتعليق على شرط أو الاقتران بأجل ، أو على أية صورة أخرى يجعل من الرد رفضاً للإيجاب. على أن الرد المخالف للإيجاب إذا اعتبر رفضاً له ، فهو يقع بمثابـة إيجاب جديد.

يتضح مما سبق أن عدم التعرض، ومن ثم عـدم الاتفـاق علـى الأمـور الثانوية، لا يحول دون ارتباط القبول بالإيجاب، ومن ثم تحقق التراضي اللازم لإبرام العقد، طالما تم الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، وفي هذه الحالـة يتولى القاضي تحديد الأحكام والقواعد التي تنظم هذه الأمور، في ضـوء مـا تقرره القواعد القانونية المكملة والقواعد العرفية، وطبيعـة المعاملـة وقواعـد العدالة.

(حكم التمييز الطعن رقم ٨٩/٢٠٠ تجاري جلسة ١٩٩٠/١/٢٩).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٩١):

التقدم بالعطاء في المناقصات أو المزايدات هو الإيجاب ، ولا بد أن يصادفه القبول لانعقاد العقد بإرساء المناقصة أو المزاد.

المناقص لا يعتبر متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد.

من المقرر عملاً بحكم المادة ٧٨ من القانون المـدني الكـويتي أن التقـدم بالعطاء سواء في المزايدات أو المناقصات والتي تأخذ حكمها ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء فلا بد لانعقاد العقد أن يصادفه قبول بإرساء المزاد أو المناقصة عليه ممن يملكه ، وتضيف المادة ٥٢ من القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة أن المناقص لا يعتبر متعاقداً إلا من تاريخ التوقيع على العقد طبقاً لما تقضي به المادة ٥٣ التالية.

٧-٤-١-٢-٢ ارتباط القبول بالإيجاب:- Offer and Acceptance

الأصل في العقود الرضائية أن تتم بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول، ويكفـي لتمام العقد واعتباره حجة لازمة علي الطرفين بما فيه أن يكون موقعاً من كـل منهما توقيعاً غير متكرر.(الطعن بالتمييز ١٣٩ / ٩٣ تجاري جلسة ١٣ – ١٢ – ١٩٩٣).

وتنص المادة ٤٦ من القانون المدني الكويتي علي أنه (إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، من غير أن يتضمن ميعاداً للقبول ، كان لكل من المتعاقـدين الخيار على صاحبه إلى انفضاض هذا المجلس ، وإذا انفض مجلس العقـد دون أن يصدر القبول ، اعتبر إيجاباً مرفوضاً). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ٩٤ .

كما تنص المادة ٤٧ من القانون المدني الكويتي علـــي أنـــه (إذا ارتـــبط الإيجاب بالقبول ، لزم العقد طرفيه ، ولا يكون لأي منهما عنه نكوص ، حتـــى قبل أن يفترقا بالبدن ، وذلك ما لم يتفق على غيـــره ، أو يقـــضي القـــانون أو العرف بخلافه).

وتقضي المادة ٥١ من القانون المدني الكويتي بأنه (١- إذا اتفق المتعاقدان على أن تسري في شؤونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية ، سرت هـــذه الأحكام ، ما لم يثبت أي منهما أنه، عند حصول الاتفاق بينهما ، لم يكن يعلـــم بهذه الأحكام ، ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها.٢- وإذا كانت أحكام العقـــد النموذج أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية ، بطل العقد ، فإن كانت ثانوية ، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، وفقـــاً لطبيعـــة المعاملـــة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة).

وتنص المادة ٥٢ من القانون المدني الكويتي علـــي أنـــه (١- إذا اتفـــق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وعلقا أموراً ثانوية ، علـــى أمل اتفاقهما عليها مستقبلاً ، فإن ذلك لا يمنع من انعقاد العقد ، ما لم يظهـــر أن إرادتهما المشتركة قد انصرفت إلي غير ذلك.٢- وإذا لم يصل المتعاقدان إلـــى الاتفاق في شأن ما علقاه من الأمور الثانوية ، تولى القاضي حسم الخلاف فـــي شأنها وفقاً لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة). ويقابل هـــذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ٩٥.

٧-٤-١-٣ التعاقد بالإذعان:-

يتحقق التعاقد بالإذعان عندما ينفرد أحد طرفي العقد بوضع شروط التعاقـــد في قالب إيجاب عام واحد مستمر، موجه للجمهور، بحيث لا يكون أمـــام مـــن يرغب في التعاقد سوى الإذعان لهذه الشروط وقبولها كما هي دون مناقشة، أو عدم التعاقد كلية. فمع عقود الإذعان يحرم الطرف المذعن من أية مناقشة حقيقية لشروط العقد، التي يستقل أحد طرفيها بوضعها مقدماً في شكل نموذج عقد عام مجرد جاهز لقبوله كما هو ممن يرغب التعاقد وإلا فلا تعاقد.

وهذا النوع من التعاقد يجب التركيز عليه لما له من أهمية بالغة ، وخاصةً فيما يتعلق بصحة قيام العقد ، وقد ذكر القانون المدني المـــواد التاليـــة لتحديـــد المعنى والمقصود من التعاقد بالإذعان ، وما يترتب عليه .

وتجئ المادة ٨٠ من القانون المدني الكويتي لتحسم خلافاً ثار واحتدم في الفكر القانوني حول طبيعة عقد الإذعان ذاتها، وهو خلاف تركز حول ما إذا كان عقد الإذعان يعتبر عقداً، وبالتالي تطبق في شأنه أحكام العقود بوجه عام، أو أنه لا يعتبر كذلك.

وقد آثر المشرع أن يحسم هذا الخلاف العنيف الحاد حول عقود الإذعان، فناصر فكرة العقدية في صددها، قاضياً، في المادة ٨٠ بأنه (لا يمنع من قيام العقد أن يجئ القبول من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر ، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه).

والمشرع بذلك يغلب الرأي السليم، الذي ناصره القضاء دوماً، فضلاً عن كثرة من الفقهاء، وقد راعى في ذلك الطرف المذعن، ولو كان في مركز إقتصادي أو اجتماعي أضعف بكثير من غريمه، ولو أن رضاءه يأتي على صورة التسليم بشروطه والإذعان لمشيئته، إلا أنه مع ذلك رضاء قائم وكاف لقيام العقد، ثم إن علاج رضوخ الطرف المذعن لإرادة غريمه والتسليم بشروطه من غير مناقشة فيها لا يتمثل في رفض فكرة العقدية في ذاتها، وإنما في حماية هذا الطرف الضعيف عندما تقتضيها المصلحة واعتبارات العدالة ، وهو الأمر الذي عمد المشرع بالفعل إليه في المادتين التاليتين.

كما تقضي المادة ٨١ من القانون المدني الكويتي بأنه (إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، وتضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي ، بناءً على طلب الطرف المذعن ، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها ، أو يعفيه كليةً منها ولو ثبت علمه بها ، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

وتقرر هذه المادة حماية فعالة للطرف المذعن – وهي الغاية التي استهدفها الفكر القانوني دوماً – اعتباراً بأن في قبوله العقد يرضخ لإرادة المتعاقد الآخر ويسلم بشروطه من غير نقاش ، وتتركز الحماية في تجنيب المذعن أثر إعمال الشروط التعسفية الجائرة المجحفة به ، وهي تكون كذلك إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة ، أو مع ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية ، وتثبت هذه الحماية حتى لو كان المذعن يعلم بها وشملها بالتالي رضاؤه.

وتنص المادة ٨٢ من القانون المدني الكويتي علي أنه (في عقود الإذعان ، يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المذعن).

وتعرض المادة السابقة لتفسير الشك الذي يبقى في عبارات عقد الإذعان الغامضة، والتي لاتصل وسائل التفيؤ إلى تبديده، وتقضي بأن هذا الشك يفسر دائماً ، وفي كل الأحوال لمصلحة الطرف المذعن، وهذا مظهر آخر من مظاهر الحماية للجانب الضعيف في عقد الإذعان.

لذلك أجازت القوانين العربية هذه الصورة من صور التعاقد في المادة (٨٠) من القانون المدني الكويتي بنصها على أنه (لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعانا لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً، ولا يقبل مناقشة في شروطه).(المذكرة الإيضاحية).

وحماية للطرف الضعيف في عقود الإذعان، أجازت المادة (٨١) من القانون المدني الكويتي للقاضي وبناءً علي طلب الطرف المذعن ، تعديل الشروط المجحفة بهذا الطرف أو إعفاؤه منها ، حيث تنص علي أنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وتضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي ، بناء على طلب الطرف المذعن ، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها ، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها ، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

كما تنص المادة ٨٢ من القانون المدني الكويتي على أنه (في عقود الإذعان ، يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المذعن) . و للقاضي أن يعدل ما تتضمنه عقود الإذعان من شروط مجحفة، كما أوجبت المادة (٨٢) تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، دائناً كان أو مديناً، ونظراً لاستقلال أحد طرفي عقد الإذعان بفرض شروط التعاقد على المتعاقد الآخر، بسبب وجوده في مركز اقتصادي قوي يمكنه من ذلك ، فقد تتضمن هذه العقود بنوداً تعسفية في غير صالح الطرف الضعيف، أي المذعن، الذي لا يملك إلا قبولها إذا ما رغب في التعاقد، وهذا ما يبرر تدخل المشرع لتنظيم عقود الإذعان بما يكفل حماية هذا الطرف .(المذكرة الإيضاحية).

ولاحتمال تعسف الطرف القوي في وضع هذه الشروط، فقد أجازت المادة ٨٠ من القانون المدني الكويتي ، للقاضي ، بناء على طلب الطرف الضعيف،

أي المذعن، أن يعدل من الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان مما يرفع عنه إجحافها أو يعفيه منها كلية.

والمقصود بالشروط التعسفية التي يملك القاضي تعديلها، تلك الشروط التي تتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية، ويترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع.

ولم يفرض المشرع على القاضي معياراً معيناً يستهدي بـه عنـد تعديلـه للشروط المجحفة، التي تتضمنها عقود الإذعان سوى ما تقتضيه العدالة، لـذلك فللقاضي أن يعفي الطرف المذعن كلية من الشروط المجحفـة ، ولـيس فقـط تعديلها، إذا ما اقتضت العدالة ذلك ، ولا يحول دون سلطة القاضي في تعـديل شروط عقد الإذعان المجحفة أو إلغائها ، أن يكون الطرف المذعن علـى علـم بها، فهو لا يملك حيالها شيئاً، علم بها أو لم يعلم.

وإمعاناً في حماية الطرف المذعن فقد جعل المشرع سلطة القاضـي فـي تعديل الشروط المجحفة متعلقة بالنظام العام، لذلك أبطل كل اتفاق يحـول دون تدخل القاضي لتعديل هذه الشروط، الأمر الذي يجعل من سلطة القاضـي فـي تعديل الشروط المجحفة، قاعدة آمره لا تجوز مخالفتها، غير أن القاضي لا يملك أن يتدخل من تلقاء نفسه لتعديل الشروط المجحفة التي يتضمنها عقد الإذعـان، وإنما يجب أن يكون ذلك بناءاً على طلب الطرف المذعن، فإذا لم يطلـب فـلا يملك القاضي سلطة التعديل.

تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن : -

خص المشرع بالمادة ٨٢ من القانون المدني الكويتي: تفسير عقود الإذعان بحكم خاص بمقتضاه يجب أن يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المـذعن، باعتباره الطرف الضعيف، الأولى بالرعاية ، يستوي في ذلك أن يكون دائناً أو مديناً خاصة وأن الطرف القوي يفترض أن لديه من الوسائل ما يمكنه من فرض ما يراه من شروط في صالحه. (المذكرة الإيضاحية).

وسبيل الطرف المذعن إلى توفير الحماية لنفسه هو أن يلجأ إلـى القـضاء الذي له ، بناءاً على طلبه ، وعلى حسب الأحوال ، ووفقاً لما تقتضيه العدالة ، أن يعدل من الشروط التعسفية بما يرفع إجحافها عن الطرف المذعن ، أو يعفيه كلية منها ، ويقع باطلاً كل اتفاق من شأنه أن يرفع تلك الحماية بوجهيها . المادة (٨١ مدني كويتي).

القبول في عقود الإذعان (من وجهة الفقة الإسلامي) :

تعتبر عقود الإذعان ثمرة من ثمرات التطور الاقتصادي وآلة من آلات التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الحياة الحديثة ، وأسلوب لتنظيم كثير من المجالات الحيوية التي لا غنى للجمهور عنها ، وخاصة مجال المقاولات .

وتتميز هذه العقود بالسمات التالية :

١- تعلق العقد بالسلع والمرافق والخدمات الضرورية لعموم الناس .

٢- سيطرة المنظمات الضخمة والجهات الحكومية على هذه السلع والمرافق والخدمات ، بحيث تنعدم المنافسة في تقديمها أو تقل ، ولا يستطيع الجمهور عامة والمقاول خاصة أن يرفض التعاقد مع مثل هذه المنظمات والجهات .

٣- قدرة هذه المنظمات على فرض شروطها ومصالحها فيما تبرمه من عقود مع المتعاقدين معها .

ويقيم العلامة السنهوري اجتهاده لتحديد حكم عقود الإذعان من وجهة الفقه الإسلامي بلمح معنى الاحتكار الذي يشيع في هذه العقود والذي تستند إليه تلك المنظمات لإجبار الناس على الرضوخ لشروطها والثابت بيقين أن الشريعة الإسلامية حرمت الاحتكار بوجه عام.

كما يجب علينا إضافة معنى آخر للتعرف على موقف الفقه الإسلامي من عقود الإذعان ويتمثل هذا المعنى في إسراف الجهات المالكة في وضع ما تشاء من شروط متعسفة ظالمة لا تخلو أحياناً من تناقضها مع أصول الشريعة ومبادئها العامة ، ومن ذلك ما تضعه بعض الجهات المالكة من شروط فيما يتعلق بالأضرار الناشئة عن إهمال موظفيها أو تقصيرهم.

وهكذا يقوم الحكم على عقود الإذعان من وجهة الفقه الإسلامي بالنظر إلى هذين الأمرين:

١- كراهة الاحتكار ومنع التأثير على قوى العرض والطلب .

٢- بطلان الشروط المناقضة لأصل شرعي أو للعدالة أو للعرف .

ولا يخفي أن القبول في عقود الإذعان هو التسليم بالشروط التي يضعها الموجب ولا يقبل التعديل فيها ، ويجب إعطاء القاضي حق التدخل بمقتضى ولايته العامة لتعديل ما لا يتلاءم من هذه الشروط مع مقتضى العقد أو يخالف أصلاً شرعياً عاماً .

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٠٣).

العقد الإداري ليس من عقود الإذعان :

من المستقر عليه أن العقد الإداري يتميز عن العقود المدنية بطابع مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب الصالح العام على المصالح الفردية الخاصة ، ولكن يجب أن يكون ذلك أيضاً داخل إطار المبادئ القانونية والأصول المقررة لتنفيذ كافة العقود وذلك إذا توافرت شرائطها لعدم تعارضها مع الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية ومؤدى ذلك أن تضمن العقود الإدارية شروطاً غير مألوفة ومنح الإدارة حرية أكبر ومساحة حركة في تنفيذ العقود الإدارية لا يقلبها إلى عقود إذعان بل تظل تلك العقود محافظة على طبيعتها وخصائصها طالما كان تنفيذها لا يخرج عن الأحكام التي وردت بها وعن النصوص الواردة بالمستندات الملحقة بها والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ منها.

وإذا تبين من مطالعة أحكام العقد وشروط المناقصة أن الوزارة قد طبقت هذه الأحكام والشروط تطبيقاً سليماً دون إخلال أو تفريط وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل ومراعاة طبيعة التعامل وما تمليه العدالة وتجري به العادة ومحقق في الوقت ذاته الصالح العام فإنه لا يحق للمتعاقد المطالبة بتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة تمديد الأشغال أو الأوامر التغييرية. (حكم الاستئناف الطعن رقم ١٩٩٨/٢٦٤ إداري بجلسة ١٩٩٩/٢/٢٢).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٠٤)

الشروط الواجب توافرها في عقود الإذعان :

عقود الإذعان وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة تتميز عن غيرها باجتماع سمات ثلاث أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين ، والثاني إحتكار الموجب لهذه الأسعار والمرافق إحتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها ، والثالث صدور الإيجاب إلى الناس كافة بشروط واحدة وعلى نحو مستمر ، والقبول في هذه العقود ليس إلا إذعاناً لما يمليه الموجب فالقابل لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع ولما كان في حاجة إلى التعاقد فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه وهذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في

عيـــوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل إقتصادية أكثر منه إتصالاً بعوامل نفسية. (حكم التمييز في الطعن ٩٥/٢١٧ تجاري جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤)

٧-٤-١-٤ عيوب الرضا:- **Defects of Consent**

تحقيقاً لسلامة الرضا ، تتطلب القوانين الوضعية المختلفة ، كما يتطلب الفقه الإسلامي بدوره ، إلى جانب صدوره عن أهلية صحيحة ، خلوه مـــن العيـــوب التي تشوبه ، والعيوب التقليدية التي تشوب الرضاء هـــي: الغلـــط والتـــدليس والإكراه و الغبن والاستغلال .

٧-٤-١-٤-١ الغلط:- **(Fault)**

١- المقصود بالغلط: -

الغلط يتمثل في تصور غير الواقع ، ويتحقق نتيجة وهم يقـــوم فـــي ذهـــن المتعاقد يصور له أمرا على غير حقيقته، فيبرم بناءاً على هذا الغلط عقداً ، لـــم يكن يبرمه لو علم بالحقيقة ، والغلط الذي يقع فيه المتعاقد لـــيس علـــى درجـــة واحدة من حيث تأثيره في إرادته ، فهناك الغلط المانع الذي يهدم هـــذه الإرادة فيمتنع معه إبرام العقد أي الخطأ في الواقـــع fault in fact ، وهنـــاك الغلـــط المادي material fault غير المؤثر في الإرادة واتجاهها إلى إبرام العقد، وبين هذا وذاك يوجد الغلط المعيب للإرادة ، الذي وإن تحقق معه رضاء المتعاقد إلا أنه يكون رضاءاً معيباً ، فيجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحته.

(١) الغلط المانع: - mistake in fact

الغلط المانع هو الغلط الذي يعدم الإرادة كلية فيمنع من إبرام العقـــد، فهـــو يتعلق بوجود رضاء المتعاقد وليس بسلامته، ومعه يتخلف عـــن العقـــد ركـــن الرضاء فلا يقوم العقد كلية.

والغلط المانع الذي يعدم الرضاء قد يقع في ماهية العقد ، أي طبيعته، كقيام شخص ببيع أرض معينة يملكها بينما اعتقد المـــشتري ، أن البيـــع وارد علـــى أرض أخرى للبائع ، والغلط المانع كما يرد على ركن الرضا فيعدمه، قد يـــرد أيضاً على ركن المحل أو ركن السبب.

(٢) الغلط المادي: - material mistake

نقصد بالغلط المادي ذلك الغلط الذي يقع فيه المتعاقد، لـــيس عنـــد تكـــوين إرادته وإنما بعد تكوينها تكويناً صحيحاً ، ولأن الإرادة مع هذا الغلط تكون قـــد

تكونت لدى المتعاقد تكويناً صحيحاً غير معيب ، فينعقد العقد صحيحاً وفق ما اتجهت إليه إرادته مع تصحيح ما وقع من غلط.

ومن تطبيقات الغلط المادي، اللاحق لتكوين الإرادة، الغلط في الحساب، فهذا الغلط لكونه لا يؤثر في توجيه إرادة المتعاقد، فلا يؤثر في الرضا ولا في قيام العقد وصحته، بل يجب تصحيحه ليصبح الرضا متفقاً مع حقيقة ما اتجهت إليه الإرادة. وهذا ما قررته المادة ١٥٠ من القانون المدني الكويتي بقولها (لا يؤثر في صحة العقد مجرد أخطاء الحساب أو زلات القلم). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٢٣ .

فإذا باع شخص شيئاً بثمن محدد تم الاتفاق عليه مع المشتري ، إلا أنه عند كتابة عقد البيع وقع غلط في الثمن بأن كتب ١٠٠٠ بدلاً من ١٠٠٠٠ مثلاً، عندئذ لا يؤثر هذا الغلط المادي في إبرام العقد وقيامه وفقاً لحقيقة ما اتجهت إليه الإرادة، ويقتصر الأمر على تصحيح هذا الغلط المادي.

مثال:

على سبيل المثال إذا كان المقاول قد تعاقد على أساس مبلغ إجمالي ثابت مقطوع تم ذكره في صيغة العقد و هو ما اتفق عليه الأطراف إلا أنه بمراجعة جداول الكميات المسعرة التي قدمها المقاول فإن المجموع المذكور يخالف المذكور في صيغة العقد فإنه في هذه الحالة يتم تصحيح المذكور في جداول الكميات ليتفق مع المذكور في صيغة العقد

٧-٤-١-٤-١-١ شروط التمسك بالغلط :-

(١) أن يكون الغلط دافعاً إلى التعاقد .

(٢) أن يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر .

تعرضت المادة ١٤٧ من القانون المدني الكويتي لشروط إعمال الغلط وأثره ، وهي تتطلب لإعمال الغلط أن يكون هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، بحيث أنه لولا وقوعه فيه لما ارتضى العقد ، فالمعيار هنا شخصي يتعلق بالمتعاقد ذاته وأثر الغلط عليه ، فإذا تبين أن المتعاقد ، حال ارتضائه العقد ، وقع في غلط ، وأن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى الرضاء به ، بحيث أنه ما كان ليرتضيه بغيره تهيأ الغلط لأن ينتج أثره في العقد بالقابلية لإبطاله ، دون اعتداد بعد ذلك بالأمر الذي ينصب الغلط عليه ، أما إذا ظهر أن وقوع المتعاقد في الغلط ليس هو الذي دفعه إلى التعاقد فلا يكون لغلطه تأثير على صحة العقد ،

ولو كان قد انصب على مادة الشيء محل التعاقد ذاتها ، التي هـي مـن بعـد الركيزة الأولى للغلط المؤثر في ظل النظرية القديمة فالعبرة ليست بموضـوع الغلط ، وإنما بأثره على صاحبه بالنسبة إلى ارتضائه العقد.

ولإعمال أثر الغلط أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره في نفس الغلط ، أو علم بوقوع غريمه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك .

فوقوع المتعاقدين كليهما في نفس الغلط ينهض بذاته دليلاً على أن أيا منهما معذور في غلطه ، فيغفر له الوقوع فيه ، ويكون لصاحب المصلحة منهمـا أن يتمسك بإبطال العقد .

وكانت المادة ١٥٠ من القانون المدني الكويتي قد تعرضت للغلط المادي ، المتمثل في أخطاء الحساب أو زلات القلم ، وتقضي بأنه لا يؤثر فـي صـحة العقد ، ذلك لأن الغلط المادي ذاته لا يمثل عيباً في الرضاء ، فهو لا يعـدو أن يكون مظهراً غير صحيح للرضاء ذاته، ومن ثم فهو لا يؤثر بداهة في صـحة العقد وإنما يلزم تصحيحه.

على أن الخطأ المادي الذي لا يكون له تأثير على العقد هو ذاك الذي يجيء كمظهر لرضاء قد تم بالفعل من المتعاقدين ، أما إذا وقع أحد المتعاقدين في غلط مادي في حسابات أجراها ، أو زل منه القلم في التعبير عن إرادتـه ، وجـاء رضاء الطرف الآخر متأثراً بغلطه المادي هذا ، فقد يكون من شـأن ذلـك أن يؤثر في حكم العلاقة بينهما على وجه ما يقضي به القانون ، وهـذا مـا أراد المشرع الكويتـي أن يتحفظ في شأنه بقوله أن الذي لا يؤثر في صحة العقد هو مجرد الخطأ في الحساب أو مجرد زلات القلم .

٧-٤-١-٤-١-٢ الآثار القانونية للغلط :-

تنص المادة ١٤٧ /١ من القانون المدني الكويتي علي أنه (إذا وقع المتعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد ، بحيث أنه لولا وقوعه فيه لما صـدر عنـه الرضاء ، فإنه يجوز له طلب إبطال العقد ، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع معه في نفس الغلط بدون تأثير منه ، أو علم بوقوعه فيه ، أو كان من السهل عليـه أن يتبين عنه ذلك).

وتنص المادة ١٤٨ من القانون المدني الكويتي علي أنـه (لا يحـول دون إعمال أثر الغلط ، أن ينصب على حكم القانون في أمر من أمور التعاقد).

كما تنص المادة ١٤٩ من القانون المدني الكويتي علي أنه (لا يجوز لمن صدر رضاؤه عن غلط أن يتمسك بغلطه على نحو يتعارض مع مقتضيات حسن النية . ويكون للطرف الآخر ، على الأخص أن يتمسك في مواجهته بأن يتم العقد على نحو يتمشي مع حقيقة ما اعتقده بدون ضرر كبير يناله). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٢٤ .

وتنص المادة ١٥٠ من القانون المدني الكويتي علي أنه (لا يؤثر في صحة العقد مجرد أخطاء الحساب أو زلات القلم). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٢٣ . ولذا فيمكن تقسيم الخطأ في عقود التشييد إلي نوعين من الخطأ، وهما الخطأ في الواقع أو الخطأ الحسابي وذلة القلم، والنموذج الشائع للأخطاء الحسابية هو الخطأ في الجمع أو الضرب، أو ذلة قلم كطباعة ١٠٠ بدلاً من ١٠٠٠ أو الخطأ في نقل رقم من صفحة إلي صفحة وهي أخطاء في الحساب لا يختلف عليها أحد، فمثلاً لا يوجد أحد يختلف علي أن حاصل ضرب ١٠ في ١٠ هو ١٠٠ وليس ١٠٠٠ ، وكذلك سته مضاف إليها أربع هي عشر وليس واحد، وهي تختلف عن الخطأ في الواقع الذي قد يكون خطأ في تقدير الكميات المطلوب إنجازها أو عدم القدرة علي فهم تبعات المواصفات المقترحة أو المطلوب وفقاً للعقد، فالذي يصحح هو الخطأ الحسابي وزلات القلم، أما الخطأ في الواقع فيعامل معاملة مختلفة كما سيتم إيضاحه في الحالات التالية:

حالة عملية ١:

في هذه الحالة تصور المقاول أنه ليس ضمن التزاماته توفير وسائل النقل للعمال وقدم سعر متدني بناءً علي ذلك، إلا أنه اكتشف بعد تقديم عطائه أنه ملتزم بنقل العمال، وطلب تعديل العقد، ورفض رب العمل ذلك، وأيدت المحكمة موقف رب العمل.

Case Study

Contractor priced bid on the assumption it would not be responsible for the transportation of union workers. Contractor's bid was low.

After bid opening, contractor learned of a union "precedent" which required it to provide transportation. Contractor asked to be allowed to withdraw its mistaken bid. Public owner refused.

The Supreme Court of Missouri ruled that a bidder cannot

obtain relief from a mistaken bid if the mistake was judgmental, rather than clerical or mathematical, in nature. This was an error of judgment; so contractor could not withdraw the bid. Owner could recover against contractor's bid bond because of contractor's refusal to sign contract.

القضاء الأنجلو سكسوني بصفة عامة فيما يتعلق بذلات القلم والأخطاء الحسابية، لا يعتد بها إذا كانت واضحة الإهمال الجسيم.

حالة عملية ٣ :

في هذه الحالة تقدم المقاول بعطاء متدني، ثم اكتشف بعد ذلك أنه أخطأ في نقل قيمة عطاء أحد مقاولي الباطن من صفحة إلي صفحة صيغة العطاء، وبناءً علي ذلك طلب سحب عطائه وامتنع عن توقيع العقد، ولم يوافق علي ذلك رب العمل، ولجأ رب العمل إلي القضاء الذي أيد موقفه حيث أن المحكمة لم تقتنع أن المقاول المتقدم بالعطاء قد اتخذ العناية اللازمة.

Case Study

Contractor submitted low bid on construction contract. After bid opening, contractor discovered that it had made an error in transposing a subcontractor's price from a worksheet onto the bid sheet itself.

Contractor asked permission to withdraw the bid. Public owner refused.

When contractor declined to sign the contract, owner sued.

The Appellate Court of Illinois said a mistaken bid may be withdrawn only if the mistake occurs despite the bidder's exercise of reasonable care. In this case, contractor's bid checking procedures were so lax that contractor failed to exercise reasonable care. Contractor was not entitled to withdraw mistaken bid and was liable to owner for failure to honor bid.

٧-٤-١-٤-٢ التدليس:- Misrepresentation or Fraud

وهو تعمد إيقاع المتعاقد الآخر في غلط عن طريق الغش والخداع بقصد دفعه إلي التعاقد ولقد حرصت القوانين العربية علي أن تتمشى مع الفقه الإسلامي في التوسع في الاعتداد بالكذب أو الكتمان ، باعتباره تدليساً من شأنه أن يبطل العقد ، وجعله بمثابة الحيل التدليسية ويعرض المشرع في المادة (١٥١

من القانون المدني الكويتي) للهيكل العام لنظام التدليس فيقـرر ، فـي الفقـرة الأولى ، أن قوام التدليس هو الحيلة التي توجه للمتعاقد بقصد تغريـره وجعلـه يعتقد أمراً يخالف الواقع والحقيقة ، وذلك بغية دفعه إلـى ارتـضاء التعاقـد ، فلابد ، لقيام التدليس بالإضافة إلى توافر ركن التدليس (مادي) توافر حيل تدليس يؤيد بها غشه وتضليله وتعمد المدلس إيقاع المتعاقد المدلس عليه في غلط يدفعه إلى التعاقد .

٧-٤-١-٤-٢-١ النصوص القانونية الخاصة بالتدليس:-

تنص المادة ١٥١ من القانون المدني الكويتي علي أنه (يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاؤه نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعه بذلك إلى التعاقد ، إذا أثبت أنه ما كان يرتضى العقد، على نحو ما ارتضاه عليـه ، لولا خديعته بتلك الحيل ، وذلك مع مراعاة ما تقـضي بـه المادتـان ١٥٣ ، ١٥٤).

كما تنص المادة ١٥٢ من القانون المدني الكويتي علي أنه (يعتبر بمثابـة الحيل المكوّنة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته ، أو السكوت عن ذكرها ، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب الصدق أو المصارحة الذي يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكـون مـن شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٢٥ .

وتنص المادة ١٥٣ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- يلزم لإبطال العقد على أساس التدليس ، أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخـر ، أو من نائبه ، أو من أحد أتباعه ، أو ممن وسطه في إبرام العقد ، أو ممن يبـرم العقد لمصلحته .٢- فإن صدرت الحيل من الغير ، فليس لمن انخـدع بهـا أن يتمسك بالإبطال ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر ، عند إبرام العقـد ، يعلـم بتلـك الحيل ، أو كان في استطاعته أن يعلم بها.

وأخيراً تنص المادة ١٥٥ من القانون المدني الكويتي علي أنه (إذا لجأ كل من المتعاقدين إلى التدليس على الآخر ، وجرّه بذلك إلى التعاقد ، امتنع على أي منهما التمسك بإبطال العقد).

٧-٤-١-٤-٢-٢ شروط التمسك بالتدليس لإبطال العقد :-

يشترط للتمسك بطلب إبطال العقد في حالة توافر التدليس بعنصريه المادي (الحيل ووسائل الغش التي يتخذها المدلس) . والنفسي تعمد المدلس إيقاع المتعاقد (المدلس عليه) في غلط يدفعه إلى التعاقد توافر شرطان الأول أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد ، والثاني أن يتصل بالمتعاقد الآخر.

حالة عملية من القضاء الأنجلوسكسوني:

التدليس في الإدلاء بالمعلومات عن الوضع القانوني لأرض البناء:

تتعلق هذه الحالة بجمعية إسكان قامت ببيع أرض مخصصة للبناء إلا أنها لم توضح في حينه أن هناك حقوق ارتفاق علي العقار ولم يكتشف المشتري ذلك إلا بعد دفع الثمن ونتج عن هذه الحقوق عدم إمكانيه إنشاء جراج للسيارة حيث إن الموقع المخصص للجراج لا يمكن الإنشاء عليه نظراً لوجوده في نفس مكان أنابيب الغاز. محل حق الارتفاق(هو لشركة خطوط أنابيب الغاز). ولذا أقر القضاء بأحقيته في الحصول على تعويض نظراً لما أصابه من ضرر نتيجة تدليس في الإدلاء بالمعلومات وإخفاء عيوب في قيمة الأرض المباعة.

The judge quoted Lord Denning who, in an English case, Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon (1976), said: "... if a man, who has or professes to have special knowledge or skill ... negligently gives unsound advice or misleading information or expresses an erroneous opinion, and thereby induces the other side into a contract with him, he is liable in damages." Allan Vogt v. Saskatchewan Housing Corporation (2.1.01.L) Saskatchewan Court of Queen's Bench Maher J. May 10, 1985

ويقابل هذا النص في القانون المدني الجزء المتعلق بالتدليس في الإدلاء بالمعلومات ولذا يجب على ذلك الشخص أن يقدم كافة المعلومات للطرف الذي سوف يتعاقد معه حتى يكون الطرف الآخر متعاقداً معه على أسس غير معيبة ويكون الرضا غير معيب، والإدلاء بكافة المعلومات يمنع وجود أي طرق إحتيالية في التعاقد بين الطرفين والتي هي أساس وجود التدليس في العقد .

حالة عملية:

تم بيع عقار مؤجر على أساس أن المستأجر جيد، ثم اتضح أن هذا المستأجر لا يقوم بدفع الإيجارات كما يجب وأن هذا المستأجر أشهر إفلاسه قبل

إتمام الصفقة وقد لجأ المشتري إلى المحكمة لفسخ العقد على أساس التدليس في الإدلاء بالمعلومات وقد وافق القضاء على ذلك.

A leased property was sold on the representation that the tenant was "a most desirable tenant." Turns out the tenant had been defaulting on his rent and, before the deal was closed, actually filed for bankruptcy. The purchaser asked the court to rescind the contract and the court agreed.

(1884) Smith v. Land and House Property Corp.

حالة عملية:

تم شراء عقار يحتوي على فندق ، بناءً على معلومات سابقة متعلقة بـدخل هذا الفندق ثم اكتشف المشتري أن هذه المعلومات غير صحيحة فقـام بـدعوى طلب فسخ العقد وقد أقر القضاء ذلك.

Properties were exchanged between the parties including a motel. When the new owner of the motel found out that the stated past earnings of the motel were false, he sued for rescission of the contract. The court found that there was fraud and went on to say that rescission is an equitable remedy…..

Kupchak v. Dayson Holdings Ltd. (1965)

٧-٤-١-٤-٣ الإكراه:- **Coercion and Duress**

الإكراه هو العيب الثالث الذي يعيب الرضا، فيجعل العقد قـابلاً للإبطـال، ومعه يأتي ارتضاء المتعاقد للعقد تحت تأثير الخوف والرهبة من أذى يتهدده هو أو غيره، فيتحقق الرضاء بالعقد ولكنه يكون رضاءً معيباً، لأنه لم يصدر عـن حرية واختيار كاملين .

المقصود بالإكراه :

يقصد بالإكراه الذي يعيب الإرادة ، الخوف أو الرهبة التي تبعث في نفـس المتعاقد دون وجه حق إثر تهديده بأذى جسيم، والتي تدفعه إلى التعاقد على نحو لا يرتضيه دون تأثير هذه الرهبة عليه.

ووفقاً للمادة (٢/١٥٦) من القانون المدني الكويتي (تعتبر الرهبة قائمة في نفس المتعاقد، إذا وجهت إليه وسائل إكراه جعلته يستشعر الخوف من أذى جسيم يتهدده أو يتصور أنه يتهدده هو أو أحداً من الغير، فـي الـنفس أو الجـسم أو

العرض أو الشرف أو المال)، وما يعنينا هنا هو الإكراه الـذي يعيـب الإرادة وليس الإكراه الذي يعدمها، فمع هذا الأخير ينعدم ركن الرضا ولا يقوم العقـد، بل يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً. ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٢٧ /٢ .

كما تنص المادة ١٥٧ / ١ من القانون المدني الكويتي علي أنـه (يلـزم ، لإعمال الإكراه أن تكون الرهبة التي دفعت المتعاقد إلي ارتضاء العقـد ، قـد بعثت في نفسه بفعل المتعاقد الآخر ، أو بفعل نائبه أو أحد أتباعه أو بفعل مـن كلفه بالوساطة أو بفعل من يبرم العقد لمصلحته).

الإكراه في الشريعة و القانون :

لقد جاء القرآن الكريم محارباً للإكراه في العقود بقوله تعالى عـز شـأنه " يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " ، وجاء الرسول الأمين ﷺ يقول " إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " اعتباراً بأنه يقوم على وسائل تهديديه توجه إلى المتعاقـد بغرض حمله على ارتضاء العقد، درءاً للأذى عنه أو غيره .

الإكراه في القانون المدني الكويتي :

ترسم المادة (١٥٦ مدني كويتي) الإطار العام لنظام الإكراه ، مـن حيـث قيامه وأثره فهي تقرر أن أساس قيام الإكراه يتركز في أن المتعاقـد يرتـضي التصرف تحت سلطان الرهبة أو الخوف ، فهو إذا كـان يرتـضي التـصرف حقيقة ، إلا أن رضاءه به لم يأت حراً عن كامل اختيار ، وإنما جاء عن ضغط عليه وقسر وإجبار ، ورغبة منه في دفع الأذى الذي يتهدده أو يتهدد غيره .

كذلك تنص المادة ١٢٧ من القانون المدني المصري على أنه" يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمه على أساس."

٧-٤-١-٤-٣-١ شروط التمسك بالإكراه:

(١) أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل فاعل يقصد دفعه إلى التعاقد ، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أو شخصاً آخر يمكن أن يعزي عملهـم إليه ، على نحو ما تقرره المادة (١٥٧مدني كويتي) فإن تولدت الرهبة بغيـر تدخل من أحد كما إذا تولدت بفعل الظروف المحيطة بالـشخص ، أو تولـدت

بتأثير مجرد الإجلال الذي يستشعره نحو شخص آخر ، فإن الإكراه لا يتواجد ، وإنما قد ينفتح المجال لإعمال عيب آخر من عيوب الرضاء ، هو الاستغلال .

(٢) اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر : يجب لإمكان التمسك بإبطال العقد للإكراه أن تكون وسائل الإكراه التي استخدمت لإرهاب المتعاقد وجره إلى التعاقد قد صدرت من المتعاقد أو نائبه أو أحد أتباعه أو بفعل من كلفه بالوساطة لإبرام العقد أو بفعل من يبرم العقد لمصلحته.

حالة عملية:

(١) إدعى المقاول أن رب العمل إستغل حاجته للمال و أكرهه على توقيع إقرار مضمونه أنه وافق على خصم مبلغ معين من مستحقاته وفقاً لما قدمه له رب العمل و ادعى أنه إن لم يوقع على هذا الإقرار لن يدفع له رب العمل مستحقاته، وهذا يعد إكراه للإقرار بهذه الخصومات و أنه وقع نظراً إلى حاجته الملحة إلى المال و التي يعلمها رب العمل .

الإكراه المبطل للرضاء لا يتحقق إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً، ويجب أن تكون الرهبة التي دفعته إلى التعاقد قد بعثت بدون وجه حق ، وتقدير وسائل الإكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها في نفس العاقد هو من الأمور الموضوعية التي تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة ، هذا والورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها وتكون حجة عليه بما ورد فيها ما لم ينكر توقيعه عليها ويعجز المتمسك بها عن إثبات صحة التوقيع ، كما أنه وطبقاً للمادة (١٧٧ من القانون المدني الكويتي) يفترض أن للالتزام سبباً مشروعاً ولو لم يذكر في العقد وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي قد أورد في خصوص الإقرارين المشار إليهما أن " المقابل من إقرار ٨٠/٦/٢٦ وإقرار ٨٠/٩/١٨ أن المدعى – الطاعن – أقر بموجبهما بالموافقة على خصم مبلغ ٢٣٩٤٧٥,٤٧٨ د.ك ، وخصم مبلغ ٣١٣٩٩,٩٢٥ د.ك من حسابه لدى المدعى عليها – لمطعون ضدها – بعد أن تسلم كافة المستندات الدالة على ثبوت المبلغين وبما مؤداه أن المدعى تحقق من صحة التزامه بالمبلغين قبل توقيع الإقرارين ، وكان المدعى لم ينكر توقيعه على الإقرارين، والإكراه المدعى به لا دليل عليه فضلاً عن افتقاره للشروط والأركان التي

حددتها المادة ١٥٦ من القانون المدني الكويتي للإكراه المبطل للعقود " ، وقد اعتنق الحكم المطعون فيه هذه الأسباب وأضاف إليها أن " ما انتهي إليه الحكم المستأنف حول عدم ثبوت الإكراه صحيح ... لأنه يشترط لصدور الإكراه أن يصدر بفعل من جانب الطرف الآخر في العقد أو غيره وأن تتأثر به إرادة الشخص فيدفعه إلى التعاقد أي أن العبرة ليست بالوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه بل بالرهبة التي تقع في نفس المتعاقد بفعل فاعل ... والإكراه على هذا النحو لا دليل عليه في الأوراق " وقال الحكم عن إعداد الإقرارين المذكورين سلفاً بمعرفة المطعون ضدها أنه : يعتبر دليلاً كافياً على وقوع الإكراه المزعوم" ، ومفاد ذلك أن الحكم بعد أن بين معنى الإكراه وشروطه خلص وفي حدود سلطته التقديرية إلى نفيه ورتب على ذلك اعتداده بالإقرارين المتقدم ذكرهما المفرغين في الإقرارين العرفيين المؤرخين على التوالي في ٦/٢٦ و٨٠/٩/٨ ولا مخالفة فيه للقانون ويؤدي إلى ما انتهي إليه ويتضمن الرد المسقط لما أثاره الطاعن بهذين السببين ويكون النعي بهما لا أساس له.

ويستفاد هنا أنه على المقاول عندما يعتقد أنه مكره فعليه أن يثبت ذلك كتابه، و ذلك بالتحفظ على الخصومات التي يقوم بها رب العمل . (حكم التمييز –الطعنان رقما ١١٢ ، ٨٨/١٢٠ تجاري جلسة ١٩٨٨/١٢/١٢).

الإكراه يبطل العقد:-

الإكراه هو أحد عيوب الإرادة في التعاقد ويتمثل في إجبار أحد المتعاقدين على إجراء التعاقد وذلك بالتأثير على الإرادة ، ولقد استقر القضاء الكويتي على أن الإكراه يبطل العقد وخاصة في ظل الحاجة الملحة، وأنه يخالف حسن النية وشرف التعامل فعندما تستغل الحاجة الملحة للمال ويعرض مقابل أقل بكثير من القيمة الحقيقية، وعلى الرغم من أن لا يوجد تدليس أو كذب في المعلومات.

والعنصر الآخر هو الرهبة والتأثير في العلاقة بين الطرفين وعدم التكافؤ في القدرة على التفاوض وإبرام الصفقات وقد اعتد القضاء بذلك في عدم السماح للبنك بإشهار إفلاس المزارع والاستيلاء على مزرعته وبيعها نتيجة عدم تسديده لديونه وذلك لأن البنك لم يتح للمزارع الفرصة للحصول على نصيحة واستشارة مستقلة عن ما قدمه له البنك وأن المزارع إعتمد على البنك في كافة الأمور ووضع البنك محل ثقته على الرغم من تضارب المصالح بينهما ونتيجة عدم حصول المزارع على النصيحة المستقلة وأبطلت المحكمة طلب البنك بالسماح في بيع المزرعة.

وكذلك عدم تكافؤ الأطراف من حيث العلم بالأمور المتعلقة بالموضوع بعد إكراه الضعيف .

وذلك وفقاً للحالات الآتية من القضاء الأنجلوسكسوني :-

The court suggested that all these instances "run on a single thread: inequality of bargaining power" and that "undue" does not mean wrongdoing, nor "that every transaction will be saved by independent advice, but the absence of it may be fatal." The court then concluded that the bank had a relationship of confidence with the farmer, and a conflict of interest had arisen by their failing to suggest that he seek independent advice. The court therefore disallowed the foreclosure action.\

Lloyds Bank v. Bundy (1975)

A fishing boat was sold in a high pressured bid by the defendant. When "a claim is made that a bargain is unconscionable, it must be shown for success that there was inequality in the position of the parties due to ignorance, need or distress of the weaker, which would leave him in the power of the stronger, coupled with proof of substantial unfairness in the bargain."

Harry v. Kreutziger (1978)

Through no fault of the bank, defendants signed a loan guarantee without reading the document first and relying on the representation of the loan debtor's word that they were only signing an insignificant administrative document. When the bank tried to collect from the defendants, the latter pleaded non est factum. The court said no. The carelessness of the party requesting non est factum should not be allowed against an innocent third party when it was through his own carelessness that he failed to discover the misrepresentation. "The party who, by the application of reasonable care, was in a position to avoid a loss to any of the parties, should bear any loss that results when the only alternative available to the courts would be to place the loss upon the innocent appellant."

Marvco Color Research Ltd. v. Harris (1982)

أقرت المحكمة أن قبول المقاول بمبلغ أقل من مستحقاته نظراً لحاجته الملحة للمال علماً بأن رب العمل كان يعلم ذلك واستغل ذلك في أثناء التفاوض

معه، فإن ذلك يعد إكراهاً كما أن المقاول أصبح رهينة لديه، وأن هذا التخفيض مكره عليه، ولذا فإن الاتفاق غير ملزم.

1966 case of D & C Builders Ltd. v. Rees

The English Queen's Bench Division considered the claim of a contractor who had accepted a reduced settlement for unpaid contract funds at a time when he was in desperate financial straits. It was clear from the evidence that the defendant was aware of the contractor's situation and had used it in negotiating the settlement. The court held that a settlement in these circumstances amounted to holding the contractor to ransom and therefore was not binding.

٧-٤-١-٤-٤ الاستغلال:- **Exploitation**

نظم المشرع الكويتي الاستغلال بالمواد (١٥٩) إلي (١٦١) من القانون المدني الكويتي، فنصت المادة (١٥٩) مدني كويتي :على أنه (إذا استغل شخص في آخر حاجة ملجئه، أو طيشاً بيناً ، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامحاً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يبرم، لصالحه أو لصالح غيره، عقداً ينطوي ، عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه، تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي، بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن ينقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد).

(١) العنصر المادي للاستغلال :

يتمثل العنصر المادي للاستغلال في عدم التناسب الباهظ بين ما يلتزم به المتعاقد، وما يعود عليه من نفع مادي أو أدبي ، فلا يكفي لتحقق العنصر المادي في الاستغلال عدم تعادل أياً كان بين ما يلتزم به المتعاقد، وما يعود عليه من نفع، وإنما يتعين أن يكون عدم التعادل باهظ، أي فادحاً وجسيماً، بحيث يكون في إبرام العقد تنكر ظاهر لحسن النية وشرف التعامل .

(٣) العنصر المعنوي:

تعرض المادة (١٥٩ مدني كويتي) لكيان نظام الاستغلال وللأثر المترتب عليه ، فالمادة ١٥٩ تتطلب ، بادئ ذي بدء ، استغلال ناحية من نواحي الضعف في المتعاقد ، ونواحي الضعف عديدة يذكر المشرع أهمها وأكثرها شيوعاً في

حياة الناس ، وصولاً إلى الكسب المفرط المجافي مع شرف التعامل ، وبالتالي الكسب الحرام .

ومن نواحي الضعف التي يخصها المشرع بالذكر ، الحاجة الملجئة ، أو حالة الضرورة ، ويقصد بها الحالة التي يرى الشخص فيها نفسه ، لظروف معينة تحيط به ، مضطراً إلى إبرام التصرف ، تحت ضغط حاجة ملحة ، تتمثل عادة في دفع خطر محدق بالنفس أو بالمال ، وهي حالة لا تعدم الشيوع في حياة الناس وقد عالجها القضاء في البلاد التي لم تأخذ بنظام الاستغلال على أساس الإكراه وأولى بها أن ترتد في حكمها لنظام الاستغلال .

والأمر الثاني الذي تقيم المادة (١٥٩ مدني كويتي) الاستغلال عليه ، هو التفاوت الباهظ الجسيم في الأخذ والعطاء ، بحيث يتمثل العقد تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية .

وتعرض المادة١٦١ من القانون المدني الكويتي للمدة التي ينبغي أن ترفع خلالها دعوى الاستغلال وإلا سقطت ، وتحدد الفقرة الأولى هذه المدة بسنة واحدة ، تبدأ من تاريخ إبرام العقد .

على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية فإن سريان مدة السنة لا يبدأ ، إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة ، على أن تسقط الدعوى على أية حال بفوات خمس عشر سنة من إبرام العقد .

٧-٤-١-٤-٥ الغبن:- Lesion (excessive inequity)

يقصد بالغبن الخسارة التي تلحق بأحد المتعاقدين في عقد من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين، ويتحقق نتيجة عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بمقتضى العقد، فإذا كان الفارق بينهما كبيراً كان الغبن فاحشاً يعتد به القانون في حالات معينة.

والأصل أن الغبن المجرد لا يؤثر في العقد، حتى ولو كان غبناً فاحشاً، فوفقاً للمادة (١٦٢ من القانون المدني الكويتي) : الغبن الذي لا يكون نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال لا يكون له تأثير على العقد ، إلا في الأحوال الخاصة التي يصرح بها القانون .

شروط التمسك ببطلان العقد لوجود الغبن:-

١) اشترط المشرع لإمكان الطعن في العقد بالغبن ، أن يكون الغبن فاحشاً ، ووفقا للمادة (١٦٣/ ٢ مدني كويتي) : (يعتبر الغبن فاحشا إذا زاد، عند إبـــرام العقد، على الخمس) أيا كانت الأداءات محل العقد.

٢) أن يكون العقد من عقود المعاوضة الملزمـــة للجـــانبين كعقـــد البيـــع والإيجار .

٣) أن يكون العقد محدد القيمة عند إبرام العقد وتحديد قيمه التزامات كـــل من طرفيه ومن ثم يمكن مقارنتها وتحديد مدى التعامل بينها .

٤) ألا يكون إبرام العقد بطريقة المزايدة أو المناقصة وفق ما يقـــضى بـــه القانون.

٥) أن يكون المغبون أحد الأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصوها.

٧-٤-٢ المحل في المقاولة :- Construction Contract Object

٧-٤-٢-١ الشروط الواجب توافرها في المحل :-

هذه الشروط، طبقًا للقواعد العامة، (١) هي أن يكـــون المحـــل ممكنًـــا، (٢) وأن يكون معينًا أو قابلاً للتعيين،(٣) وأن يكون مشروعًا .

(١) فيجب أولاً أن يكون المحل ممكنًا:

لأنه لا التزام بمستحيل ، ولقد نصت المادة ١٧٢ من القانون المدني الكويتي على أنه (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته، كان العقد باطلاً) ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ١٣٥ ، والمقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة، وهي أن يكون المحل مستحيلاً في ذاته، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى المقاول فحسب ، فقد يلتزم المقاول بعمل فني يكون مستحيلاً عليـــه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى قدرة فوق طاقته، ولكن هذا المحل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطيقونه، ففي هذه الحالة تكون الاستحالة نسبية ولا تمنع من انعقاد المقاولة، ويكون المقاول مسئولاً عن التعويض ، أمـــا إذا كانت الاستحالة مطلقة يكون العقد باطلاً لأنه لا التزام بمستحيل.

(٢) تعيين المحل و قابليته للتعيين :

تنص المادة ١٦٨ من القانون المدني الكويتي علي أنه (يجوز أن يرد العقد في شأن شيء مستقبل ، ما لم يكن وجود هذا الشيء رهيناً بمحض الصدفة ، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة التالية).

ويشترط ، لصحة الالتزام التعاقدي، أن يكون محله معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، وإلا وقع الالتزام ، وكذلك العقد الذي رتبه باطلاً .

ويجب أن يكون تعيين محل الالتزام، أو قابليته للتعيين، بطريقة كافية لاستبعاد النزاع حوله فيما بعد، وهذا ما يعبر عنه بأن يكون التعيين نافياً للجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى اختلاف وجهات النظر حول حقيقة محل الالتزام. ويكون المحل معيناً إذا ذكرت طبيعته وأوصافه وبين ذلك تبييناً كافياً بحيث يتعين العمل ولا يدخل في ذلك لبس أو غموض.

(٣) مشروعية المحل :

يجب ثالثاً وأخيراً أن يكون المحل مشروعاً ، فإذا كان غير مشروع بأن كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب ، كانت المقاولة باطلة ، فلا يجوز الاتفاق على تشييد منزل للدعارة أو للقمار .

٧-٤-٣ السبب في عقد المقاولة:-

Cause in The Construction Contract

أما ركن السبب فهو الركن الثالث في العقد فيقصد به الهدف أو الغاية التي يهدف إليها المتعاقدان ، أي الغاية التي تتجه إليها إرادة المتعاقدين ، للاعتداد بالسبب يجب أن تتوافر شروط ثلاثة، هي الوجود، والصحة، والمشروعية :

حيث تنص المادة ١٧٦ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- يبطل العقد ، إذا التزم المتعاقد دون سبب ،أو لسبب غير مشروع. ٢- ويعتد ، في السبب ، بالباعث المستحث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد ، إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه ، أو كان ينبغي عليه أن يعلمه .

كما تنص المادة ١٧٧ من القانون المدني الكويتي علي أنه (يفترض أن للالتزام سبباً مشروعاً ، ولو لم يذكر في العقد ، وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه).

وتنص المادة ١٧٨ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، ما لـم يقم الدليـل على غير ذلـك.٢- وإذا ثبتت صورية السبب ، كان على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه).

٧-٤-٣-١ الأجر في عقد المقاولة:- Payments

السبب في عقد المقاولة بالنسبة لرب العمل هو إنجاز الأعمال المطلوبة أما بالنسبة للمقاول هو أساساً الحصول على الأجر الذي يلتزم رب العمل بإعطائـه للمقاول في مقابل قيام هذا الأخير بالعمل المعهود به إليه . فالأجر إذن هو محل التزام رب العمل، ويشترط فيه، أن يكون موجوداً ومعينـاً أو قـابلاً للتعيـين ومشروعاً وشأن الأجر في ذلك هو شأن العمل ، بقى الوجود والتعيين ، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد ولا أن يحدده المتعاقدان .

تقدير الأجر: الأصل أن المتعاقدان هما اللذان يقومان بتحديد الأجر، وليس من الضروري أن يعين في العقد . فإذا سكت المتعاقدان عن تعيين الأجر، لـم تكن المقاولة باطلة ، ويتكفل القانون بتعيين الأجر . ولقد نصت المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري على أنه (إذا لم يحدد الأجر سلفا، وجب الرجوع فـي تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول) ، كما تنص المادة ٦٧٨ من القـانون المدني الكويتي علي أنه (إذا لم يعين المقابل في العقد ، استحق المقاول مقابـل المثل وقت إبرامه).

تحديد الأجر بواسطة القانون :

إذا لم يتفق على الأجر صراحة ولا ضمنا، ولم يتضمن العقد مـا يـسمح بتحديد هذا الأجر في المستقبل، فإن المقاولة تنعقد ، سواء كان إغفال هذا التحديد سهواً منهما، أو عن عمد ولكن ما هو الأجر الذي يلتزم به رب العمل في هـذه الحالة ؟

يستطيعان تحديده بعد ذلك بالاتفاق بينهما، وفي هذه الحال يلتزم رب العمل بوفاء هذا الأجر كما لو كان قد اتفق عليه وقت التعاقد ، و يحق لكل منهمـا أن يلجأ إلى القضاء بطلب تحديد أجر المقاولة، والقضاء في تحديده لهـذا الأجـر يرجع إلى قيمة العمل ونفقات المقاول (مادة٦٥٩ مدني مصري) أو أجر المثل طبقاً لنص المادة (٦٧٨ مدني كويتي).

٧-٤-٣-١-١ العناصر التي يتم تحديد الأجر علـــى حـــسابها طبقـــا للقـــانون المصري:-

تنحصر عناصر تحديد الأجر في الآتي:-

(١) طبيعة العمل، وما إذا كان معقداً أم بسيطاً، صعباً في تنفيذه أم ســـهلاً، والأخطار والمسئوليات التي يتعرض لها المقاول في القيام به، مـــدى الخبـــرة والمهارة التي يتطلبـــها ، وكمية العمل . وعلى ذلك فالمقاول الذي يقوم بتشييد بناء، يستحق أجرًا عن هذا العمل.

(٢) الوقت الذي استغرقه العمل.

(٣) مكان العمل ومدى قربه أو بعده عن العمران والمواصلات .

(٤) أثمان المواد التي استخدمها المقاول .

(٥) مؤهلات المقاول وكفاءته وسمعته.

وعلى القاضي أن يستهدى عند تحديده للأجر بالعادات الجارية بالنسبة لمن يزاولون حرفة أو مهنة المقاول. أما بالنسبة للقانون الكويتي فقد نص المـــشرع في المادة (٦٧٨ مدني كويتي) على أنه (إذا لم يعين المقابـــل فـــي العقـــد ، استحق المقاول مقابل المثل وقت إبرامه) فالأجر طبقاً لهذا النص هو أجر المثل وقت إبرام عقد المقاولة .

ويحدث أحياناً أن يكلف شخص مهندساً معمارياً بوضع تصميم لبناء، ثم لا يتم العمل بهذا التصميم، لعدول رب العمل عن إقامته، أو طرأ ما يجعل تنفيـــذه مستحيلاً كما لو نزعت الدولة ملكية الأرض المراد إقامته عليها، ومن المقرر أن ذلك لا يحرم المهندس من الحق في تقاضى أجره عن وضع هـــذا التـــصميم ، ولكن الأجر المستحق للمهندس في هذه الحال ليس هو الأجر المتفق عليه، بـــل هو الأجر الذي يحدده القاضي بالنظر إلى الزمن الذي استغرقه وضع التصميم، مع مراعاة طبيعة هذا العمل (٣/٦٦٠مدني مصري). وذلك لأن في إلـــزام رب العمل بدفع أجر عن التصميم لن يشكل إرهاقاً له ، ويكفي أن يعوض المهنـــدس عن الوقت الذي استغرقه في وضعه .

و في هذا الصدد تنص المادة ٦٦٠ من القانون المدني المصري علي أنـــه (١- يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضـــع التـــصميم وعمـــل المقايسة، وآخر عن إدارة الأعمال. ٢- فإن لم يحدد العقد هذه الأجور، وجـــب تقديرها وفقاً للعرف الجاري).

الفصل الثامن

آثار العقد

محتويات الفصل:

مقدمة:

المقاولة هي عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر ، ويدل هذا التعريف على أن المقاولة عقد مفاوضة رضائي يلتزم فيه المقاول بصناعه شيء أو أداء عمل كإقامة بناء والإشراف عليه، في مقابل التزام الطرف الآخر بتقديم بدل نقدي متفق عليه، إما شهرياً، وإما بنسبة معينة من النفقات الفعلية.والعمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقاولة إلى أخرى اختلافا بيناً و يتنوع تنوعاً كبيراً بناء على طبيعة و حجم العمل .

و من هنا يتبين أن عقد المقاولة قد أصبح من أكثر العقود انتشاراً ، و بالنظر إلى تعدد أشكال و صور هذا العقد و تنوع الأعمال التي يرد عليها فقد اقتضت الحاجة إلى مواجهة أوضاعه و منازعاته و حالات إنشائه المتطورة و المعقدة .

و انطلاقا من هذه الأهمية ، رأينا أن نضع هذا البحث الذي نتناول فيه التزامات كل من رب العمل ، المقاول الرئيسي و المقاول من الباطن جملة و تفصيلاً لعله يسهم في التقليل و الحد من هذه المنازعات .

٨- أثار العقد:-

بادئ ذي بدء وقبل بيان الآثار التي تترتب على عقد المقاولة تجدر الإشارة إلى بيان بعض التعاريف والمصطلحات في عقد المقاولة (Definitions) التي تذكر بالتعاقد ونوضحها فيما يلي:-

بعض المصطلحات الرئيسية التي يتم ذكرها بمستندات العقد :

مهندس المشروع (Engineer) : تعني الشخص أو الأشخاص المعينين من قبل رب العمل الممثل المفوض كمسئول (مسئولين) عن المشروع أو الأعمال بقصد القيام بأعمال المتابعة والتنسيق والإشراف، من وقت لآخر ليقوم نيابة عن رب العمل بالأعمال الهندسية كالتصميم والإشراف على الإنشاء في كل ما يخص المشروع ، وفي حالة عدم تعيين مهندس يكون المالك هو المهندس .

المقاول (Contractor) : أي الشخص أو الأشخاص أو المؤسسة أو الشركة أو مجموعة الشركات الذين يقبل عطاؤهم من قبل المالك للقيام بالعمل كمقاول، وتعني كذلك ممثلي المقاول القانونيين وخلفائه والمعينين من قبله.

المقاول من الباطن (Subcontractor): أي شخص أو أشخاص أو شركة أو مؤسسة غير المقاول ممن يرد ذكرهم في مستندات العقد يعهد إليه (إليهم) فيما بعد لتنفيذ أجزاء من أعمال العقد بعد موافقة المالك الخطية إذا اشترط العقد ذلك وتعني كذلك ممثليهم القانونيين وخلفائهم والمعينين من قبلهم بعد موافقة المالك الخطية.

الإخطار بالتعاقد : وهو الكتاب الذي يصدر عن المالك للإعراب عن عزمه على التعاقد مع المقاول والذي يتضمن إخطار المقاول بالمضي في العمل.

العطاء : أي ما يقدمه المناقص على الصيغة المعدة لذلك موضحاً بها سعر (أسعار) العمل المراد القيام به طبقاً لمستندات المناقصة.

العقد (Contract) : وهي وثيقة الاتفاق التي تبرم بين المالك والمقاول لإنشاء وتوريد وتركيب جميع الأعمال المفصلة في مستندات العقد والتي تشكل الأساس الذي يمكن الرجوع إليه للتأكد من حقوق والتزامات كل من المالك والمقاول والتي تشتمل على تعليمات للمناقصين وشروط المناقصة العامة والخاصة والمواصفات الفنية وجداول البيانات الفنية وقوائم الكميات وصيغ

المناقصة والأسعار وأية مستنـــدات أخرى أو مراسلات أو أمور تتعلق بالأعمال التي تم الاتفاق عليها قبل توقيع العقد وتشمل أيـــضاً مواصـــفات ومخططـــات المقاول إذا كانت قد قبلت من قبل المالك ووقع عليها .

مستندات العقد :

تشكل الوثائق والمستندات المحددة والمشار إليها في هذه الصحيفة كوحـــدة متكاملة تفسر بعضها بعضا وتعتبر أساساً لاتفاق الطرفين وتكون الإشارة إليهـــا منفردة أو مجتمعة وتشمل :

الـــدعـــوة للمنـــاقصـــــة .

تعليمـــات للمنـــاقصـــين .

شـــروط المناقصــــة العـــامة .

شـــروط العقـــــد العامة .

الشــــروط والمتطـــلبات الخاصة .

المواصــــفات الفنية .

جـــداول البيـــانـــات الفنية .

جـــداولُ الأسعـــار .

مخطـــطات المنـــاقصــــة .

مـــلاحق مستنـــدات المناقـــــصة .

عــــــطاء المقـــاول .

كافة المراسلات المتبادلة مع المقاول قبـــل تـــوقــــيع العـــــــــقد والتي تم الموافقة عليها كجزء من العقد .

المناقصة (Tender) : و تعني العرض المسعر المقدم من المقاول إلـــى صاحب العمل لتنفيذ وإنجاز الأشغال وصيانتها (إصلاح العيوب فيها) بموجب أحكام العقد وقبول ذلك العرض .

جدول الكميات (Bill of Quantities) : وهو جدول الكميـــات المـــسعر الذي تم تقديمه من قبل المناقص والذي يشكل جزءاً من عرض المناقصة .

سعر العطاء : تعني السعر الإجمالي المقدم من المناقص طبقاً لما هو محدد في صيغة العطاء .

سعر العقد : تعني السعر الإجمالي المحدد في صحيفة العقد بين المالك والمقاول.

قيمة العقد (Contract Sum): أي ذلك المبلغ الذي يستحق للمقاول نتيجة إنجازه للأعمال بعد الأخذ بعين الاعتبار قيمة الأوامر التغييرية التي تصدر عن المالك بموجب العقد.

المناقص : أي الشخص أو الشركة أو المؤسسة المتقدم بعطاء لتنفيذ العمل طبقاً للمواصفات .

مخططات العطاء : وهي المخططات التي تقدم مع العطاء كجزء منه من أي مصدر كانت بهدف توضيح شكل أو ترتيب العمل كما اقترحه المقاول بالإضافة إلى مخططات المناقصة.

مخططات المقاول : وهي المخططات المعدة والمقدمة من المقاول والتي بعد الموافقة عليها تعتبر أساساً لتوريد وتركيب وإنشاء الأعمال.

الموقع : أي الأرض والأماكن الأخرى التي يقام العمل عليها أو تحتها أو فيها أو من خلالها يتم تنفيذ العمل أو القيام به، وأية أرض أخرى يخصصها المالك من أجل تنفيذ أعمال العقد وكذلك الأماكن الأخرى والتي يعتبرها العقد جزءاً من الموقع.

معدات المقاول : وتشمل جميع العدد والآليات والأشياء مهما كان نوعها والتي تلزم لتنفيذ وإنجاز وصيانة الأشغال أو الأعمال المتفق عليها ولا تشمل الأماكن والمواد أو الأشياء الأخرى والتي يقصد منها أن تشكل جزءاً من العمل المتعاقد عليه .

أمر التغير : وهو الأمر الخطي الصادر من المالك إلى المقاول يفوضه بإجراء عمل إضافي أو حذف أعمال بعد المباشرة في تنفيذ العقد.

فحوص الموقع : تعني الفحوص التي يجريها المقاول في الموقع على جميع الأعمال أو على أي جزء منها والتي ينص عليها العقد .

مدة الإنجاز وفترة الإنجاز : تعني المدد المحددة لإنجاز الأعمال واستلامها من قبل المالك وصدور شهادة الاستلام والقبول من تاريخ البدء المحدد في العقد حتى تاريخ الإنجاز المبين في الشهادة.

تاريخ الإنجاز (Time for Completion) : تعني الموعد الذي يستلم فيه المقاول إشعاراً رسمياً من المالك يفيد بأن الأعمال قد اجتازت فحوص الجدارة بنجاح.

الاستلام : أي القبول المبدئي وصدور شهادة القبول والاستلام للمكان (و/ أو بعض التركيبات أو جزء منها) من المالك حيث يتحدد بدء فترة الضمان بعد أن تكون المعدات قد اجتازت فترة التشغيل المستمرة وفحص الجدارة وأصبحت جاهزة لبدء التشغيل التجاري.

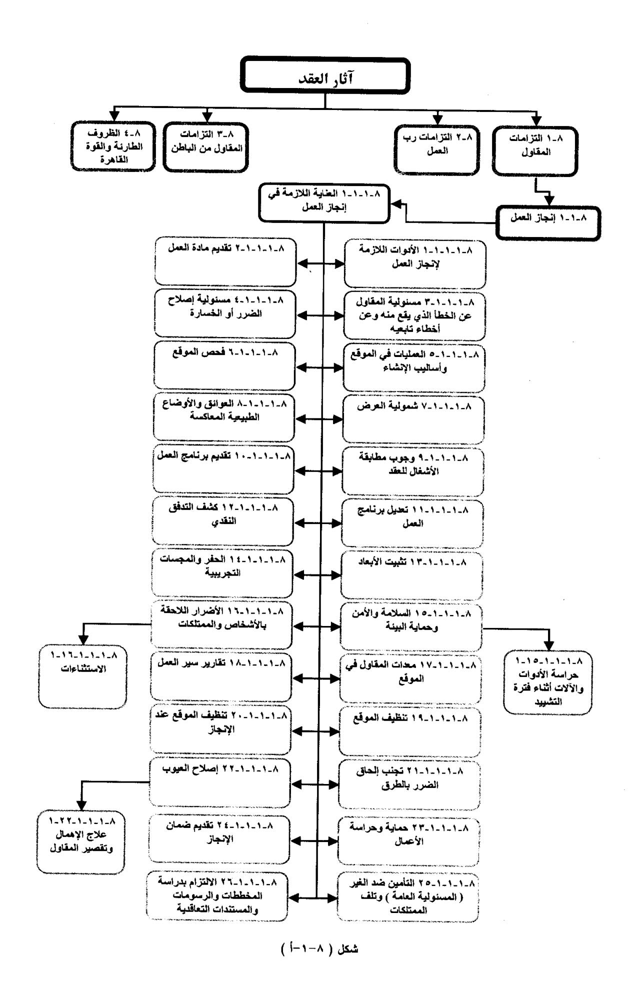
المحتجزات (Retention Money) :المبالغ التي يحتجزها صاحب العمل عن الدفع والتي تقدر بنحو ١٠% من قيمة العقد .

القبول النهائي : تعني صدور شهادة القبول النهائي من قبل المالك للأعمال بعد انتهاء فترة الضمان ووفاء المقاول بكافة التزاماته .

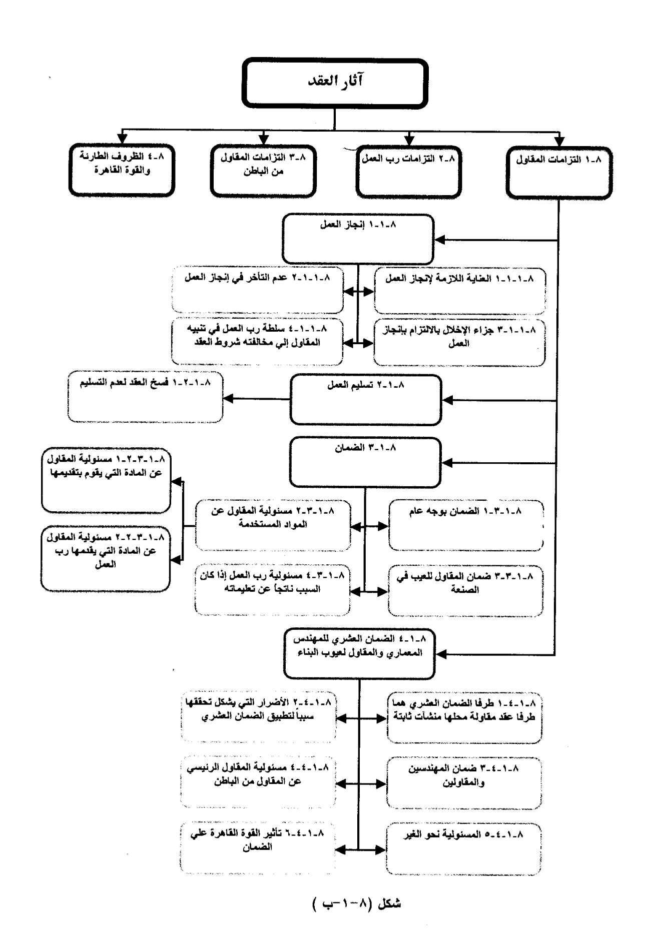
مدة سريان العقد:

يبقى العقد ملزماً وساري المفعول اعتباراً من تاريخ توقيعه من قبل الطرفين وحتى وفاء المقاول بكامل التزاماته وقيام المالك بإصدار شهادة القبول النهائي وإتمام سداد الدفعات.

ويعتبر توقيع العقد من قبل المقاول بمثابة قبول وإقرار من جانبه للقيام بتوريد كافة الأشياء اللازمة وتنفيذ الأعمال وفقاً لأحدث الأساليب بغض النظر عن أي نقص قد يظهر في المواصفات أو مخططات المناقصة وإذا ما واجه المقاول أي غموض أو تناقض في مستندات العقد فعليه أن يرجع إلى المالك / المهندس للحصول على الإيضاحات اللازمة وأي تقصير في ذلك يعتبر المقاول مسئولاً عن نتائجه. وتوضح الأشكال التخطيطية (٨-١- أ) (٨-١- ب)(٨-١- ج) (٨-١- د) خريطة لمحتويات هذا الفصل.

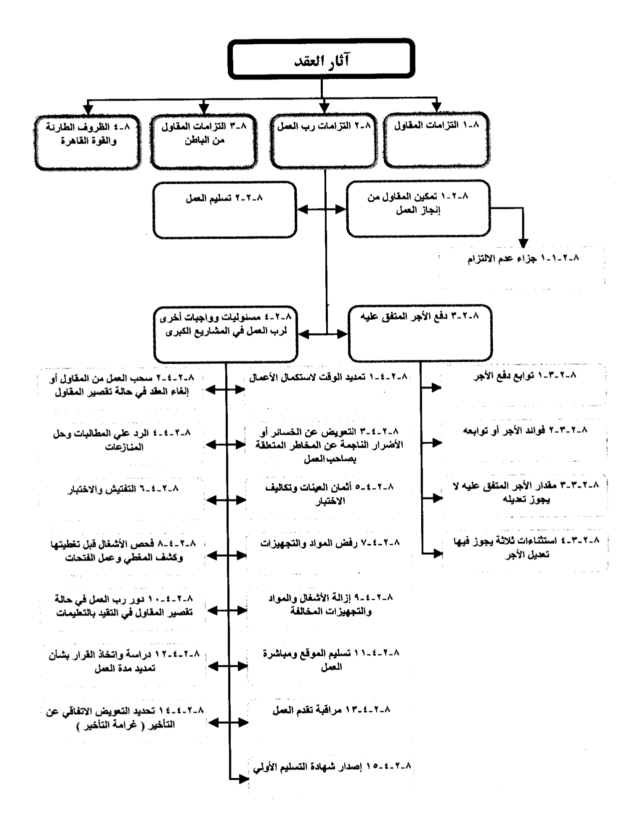

آثار العقد
٨ـ١ التزامات المقاول
٨ـ٢ التزامات رب العمل
٨ـ٣ التزامات المقاول من الباطن
٨ـ٤ الظروف الطارئة والقوة القاهرة
٨ـ١ـ١ إنجاز العمل
٨ـ١ـ١ـ١ العناية اللازمة في إنجاز العمل
٨ـ١ـ١ـ١ـ١ الأدوات اللازمة لإنجاز العمل
٨ـ١ـ١ـ١ـ٢ تقديم مادة العمل
٨ـ١ـ١ـ١ـ٣ مسئولية المقاول عن الخطأ الذي يقع منه وعن أخطاء تابعيه
٨ـ١ـ١ـ١ـ٤ مسئولية إصلاح الضرر أو الخسارة
٨ـ١ـ١ـ١ـ٥ العمليات في الموقع وأساليب الإنشاء
٨ـ١ـ١ـ١ـ٦ فحص الموقع
٨ـ١ـ١ـ١ـ٧ شمولية العرض
٨ـ١ـ١ـ١ـ٨ العوائق والأوضاع الطبيعية المعاكسة
٨ـ١ـ١ـ١ـ٩ وجوب مطابقة الأشغال للعقد
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٠ تقديم برنامج العمل
٨ـ١ـ١ـ١ـ١١ تعديل برنامج العمل
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٢ كشف التدفق النقدي
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٣ تثبيت الأبعاد
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٤ الحفر والمجسات التجريبية
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٥ السلامة والأمن وحماية البيئة
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٥ـ١ حراسة الأدوات والآلات أثناء فترة التشييد
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٦ الأضرار اللاحقة بالأشخاص والممتلكات
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٦ـ١ الاستثناءات
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٧ معدات المقاول في الموقع
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٨ تقارير سير العمل
٨ـ١ـ١ـ١ـ١٩ تنظيف الموقع
٨ـ١ـ١ـ١ـ٢٠ تنظيف الموقع عند الإنجاز
٨ـ١ـ١ـ١ـ٢١ تجنب إلحاق الضرر بالطرق
٨ـ١ـ١ـ١ـ٢٢ إصلاح العيوب
٨ـ١ـ١ـ١ـ٢٢ـ١ علاج الإهمال وتقصير المقاول
٨ـ١ـ١ـ١ـ٢٣ حماية وحراسة الأعمال
٨ـ١ـ١ـ١ـ٢٤ تقديم ضمان الإنجاز
٨ـ١ـ١ـ١ـ٢٥ التأمين ضد الغير (المسئولية العامة) وتلف الممتلكات
٨ـ١ـ١ـ١ـ٢٦ الالتزام بدراسة المخططات والرسومات والمستندات التعاقدية

شكل (٨-١-أ)



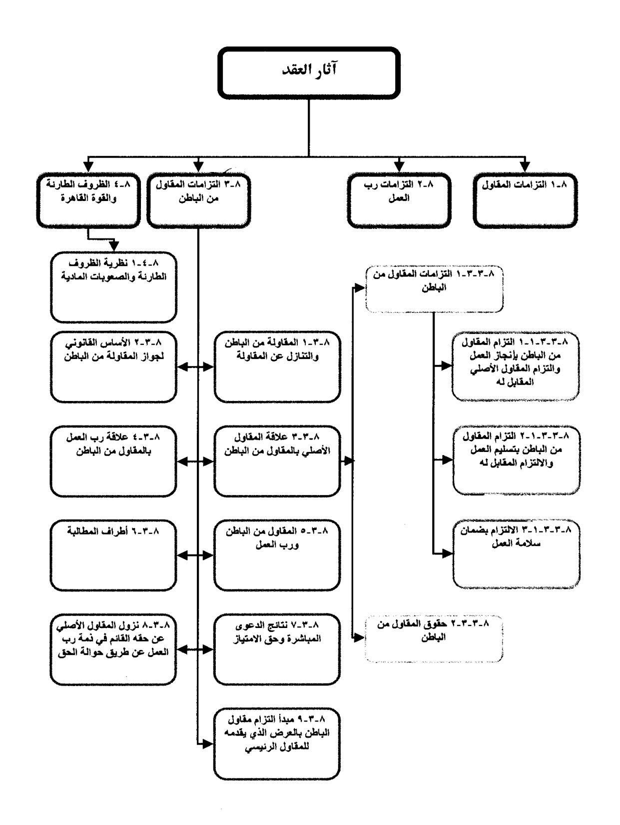
آثار العقد
٨-١ التزامات المقاول
٨-٢ التزامات رب العمل
٨-٣ التزامات المقاول من الباطن
٨-٤ الظروف الطارئة والقوة القاهرة
٨-١-١ إنجاز العمل
٨-١-١-١ العناية اللازمة لإنجاز العمل
٨-١-١-٢ عدم التأخر في إنجاز العمل
٨-١-١-٣ جزاء الإخلال بالالتزام بإنجاز العمل
٨-١-١-٤ سلطة رب العمل في تنبيه المقاول إلي مخالفته شروط العقد
٨-١-٢ تسليم العمل
٨-١-٢-١ فسخ العقد لعدم التسليم
٨-١-٣ الضمان
٨-١-٣-١ الضمان بوجه عام
٨-١-٣-٢ مسئولية المقاول عن المواد المستخدمة
٨-١-٣-٢-١ مسئولية المقاول عن المادة التي يقوم بتقديمها
٨-١-٣-٢-٢ مسئولية المقاول عن المادة التي يقدمها رب العمل
٨-١-٣-٣ ضمان المقاول للعيب في الصنعة
٨-١-٣-٤ مسئولية رب العمل إذا كان السبب ناتجاً عن تعليماته
٨-١-٤ الضمان العشري للمهندس المعماري والمقاول لعيوب البناء
٨-١-٤-١ طرفا الضمان العشري هما طرفا عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة
٨-١-٤-٢ الأضرار التي يشكل تحققها سبباً لتطبيق الضمان العشري
٨-١-٤-٣ ضمان المهندسين والمقاولين
٨-١-٤-٤ مسئولية المقاول الرئيسي عن المقاول من الباطن
٨-١-٤-٥ المسئولية نحو الغير
٨-١-٤-٦ تأثير القوة القاهرة علي الضمان

شكل (٨-١-ب)



آثار العقد
٨-١ التزامات المقاول
٨-٢ التزامات رب العمل
٨-٣ التزامات المقاول من الباطن
٨-٤ الظروف الطارئة والقوة القاهرة
٨-٢-١ تمكين المقاول من إنجاز العمل
٨-٢-٢ تسليم العمل
٨-٢-١-١ جزاء عدم الالتزام
٨-٢-٣ دفع الأجر المتفق عليه
٨-٢-٤ مسئوليات وواجبات أخرى لرب العمل في المشاريع الكبرى
٨-٢-٣-١ توابع دفع الأجر
٨-٢-٣-٢ فوائد الأجر أو توابعه
٨-٢-٣-٣ مقدار الأجر المتفق عليه لا يجوز تعديله
٨-٢-٣-٤ استثناءات ثلاثة يجوز فيها تعديل الأجر
٨-٢-٤-١ تمديد الوقت لاستكمال الأعمال
٨-٢-٤-٢ سحب العمل من المقاول أو إلغاء العقد في حالة تقصير المقاول
٨-٢-٤-٣ التعويض عن الخسائر أو الأضرار الناجمة عن المخاطر المتعلقة بصاحب العمل
٨-٢-٤-٤ الرد علي المطالبات وحل المنازعات
٨-٢-٤-٥ أثمان العينات وتكاليف الاختبار
٨-٢-٤-٦ التفتيش والاختبار
٨-٢-٤-٧ رفض المواد والتجهيزات
٨-٢-٤-٨ فحص الأشغال قبل تغطيتها وكشف المغطي وعمل الفتحات
٨-٢-٤-٩ إزالة الأشغال والمواد والتجهيزات المخالفة
٨-٢-٤-١٠ دور رب العمل في حالة تقصير المقاول في التقيد بالتعليمات
٨-٢-٤-١١ تسليم الموقع ومباشرة العمل
٨-٢-٤-١٢ دراسة واتخاذ القرار بشأن تمديد مدة العمل
٨-٢-٤-١٣ مراقبة تقدم العمل
٨-٢-٤-١٤ تحديد التعويض الاتفاقي عن التأخير (غرامة التأخير)
٨-٢-٤-١٥ إصدار شهادة التسليم الأولي

شكل (٨-١-ج)


آثار العقد
٨-١ التزامات المقاول
٨-٢ التزامات رب العمل
٨-٣ التزامات المقاول من الباطن
٨-٤ الظروف الطارئة والقوة القاهرة
٨-٤-١ نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية
٨-٣-٢ الأساس القانوني لجواز المقاولة من الباطن
٨-٣-١ المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة
٨-٣-٤ علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن
٨-٣-٣ علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن
٨-٣-٦ أطراف المطالبة
٨-٣-٥ المقاول من الباطن ورب العمل
٨-٣-٨ نزول المقاول الأصلي عن حقه القائم في ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق
٨-٣-٧ نتائج الدعوى المباشرة وحق الامتياز
٨-٣-٩ مبدأ التزام مقاول الباطن بالعرض الذي يقدمه للمقاول الرئيسي
٨-٣-٣-١ التزامات المقاول من الباطن
٨-٣-٣-١-١ التزام المقاول من الباطن بإنجاز العمل والتزام المقاول الأصلي المقابل له
٨-٣-٣-١-٢ التزام المقاول من الباطن بتسليم العمل والالتزام المقابل له
٨-٣-٣-١-٣ الالتزام بضمان سلامة العمل
٨-٣-٣-٢ حقوق المقاول من الباطن

شكل (٨-١-د)

٨-١ التزامات المقاول:-

إنجاز العمل المطلوب منه وفقاً لما نص عليه العقد :

تنص المادة ٦٦٦ /١ من القانون المدني الكويتي في الفقرة الأولى علي أنه (على المقاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة وفي المدة المتفق عليها ، فإن لم تكن هناك شروط أو لم يتفق على مدة ، التزم بإنجازه وفقاً للأصول المتعارف عليها وفي المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل مع مراعاة عرف الحرفة) .

وتنص المادة ٦٨١ من القانون المدني الكويتي علي أنه (١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو كان من شأن طبيعة العمل أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار.٢- ولا تؤثر المقاولة من الباطن في التزامات المقاول الأصلي قبل رب العمل ، كما يسأل قبله عن أعمال المقاول من الباطن). ويقابل هذا النص في التقنين المدني المصري نص المادة ٦٦١ .

وقد يختار رب العمل ويعين بعض مقاولي الباطن أو الموردين ويطلب من المقاول الرئيسي التعاقد معهم مباشرة كما هو الحال في عقد وزارة الأشغال العامة الكويتية.

وقد ذكرت الشروط الحقوقية التابعة لوزارة الأشغال العامة بالكويت في البند رقم ٥٩-١ ما يلي:-

"إن جميع الأخصائيين والتجار وأصحاب المهن وغيرهم المعينون من أصحاب العمل والذين سينفذون أي عمل أو يوردون أية بضائع والتي أدرج لها مبالغ تقديرية أو مبالغ كلفة أصلية في وثائق العقد ، سيعتبرون بتنفيذهم مثل هذا العمل أو توريد مثل هذه البضائع مقاولين من الباطن مستخدمين من قبل المقاول وسيشار إليهم فيما يلي كمقاولين من الباطن ويعتبر المقاول وحده مسئولاً أمام صاحب العمل - ويتكفل المقاول من الباطن بمثل الالتزامات والمسئوليات المفروضة على هذا الأخير قبل صاحب العمل بموجب شروط العقد."

إلا أنه في هذه الحالة يمكن للمقاول الرئيسي الرجوع على رب العمل إذا ترتب على نشاط مقاول الباطن أو الموردين ضرر عليه يمكنه الرجوع به على رب العمل.

٨-١-١ إنجاز العمل :-

الالتزام الرئيسي الذي يترتب في ذمة المقاول هو الالتزام بإنجاز العمـــل، وهذا الالتزام ينطوي على واجبات يتعين على المقاول أن يقوم بها، وإذا أخـــل بواحد أو أكثر منها تحمل الجزاء الذي يرتبه القانون على هذا الإخلال ، وهـــذه الواجبات هي إنجاز العمل الواجب عليه، وأن يبذل في إنجازه العناية اللازمـــة، فيكون مسئولاً عن خطئه وعن خطأ تابعيه، وعليه أخيراً أن ينجز العمـــل فـــي المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة، و إنجاز العمل يجـــب أن يـــتم بالطريقـــة المتفق عليها في عقد المقاولة و طبقاً للشروط الواردة في هذا العقد.

ومفاد المادة ٦٦٦ من القانون المدني الكويتي أنه : "يجب على المقاول أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة، وطبقاً للشروط الواردة في هذا العقد، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها، وجب إتباع العرف، فإذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التـــي تمليهـــا أصـــول الصنعة وعرفها وتقاليدها، وأثبت رب العمل ذلك، كان المقاول مخلاً بالتزامـــه، وذلك دون حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ في جانب المقاول، ذلك أن مخالفـــة هذه الشروط هي ذاتها الخطأ، ولا يستطيع المقاول أن يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي بإثبات أن مخالفة الشروط ترجع إلى قوة قـــاهرة أو حادث فجائي أو إلى خطأ رب العمل نفسه أو فعل الغير"(السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الرابع ص٨٠-٨١).

٨-١-١-١ العناية اللازمة في إنجاز العمل:-

الالتزام بإنجاز العمل في عقد المقاولة إما أن يكون التزاماً بتحقيق غايـــة، كإقامة بناء أو ترميمه أو تعديله أو هدمه فلا يبرأ المقاول مـــن التزامـــه إلا إذا تحققت الغاية وأنجز العمل المطلوب ولا يكفي أن يبذل في القيـــام بـــه عنايـــة الشخص المعتاد أو أكبر عناية ممكنة، فما دام العمل لم يتم إنجازه فإن المقـــاول يكون مسئولاً، ولا تنتفي مسئوليته إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، وانتفاء مسئوليته في هذه الحالة إنما يأتي من نفي علاقة السببية لا من نفي الخطأ.

وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية كإدارة عمل أو الإشراف على تنفيذ عمل معين وفي هذه الحالة يجب على المقاول الذي يدير العمل أو يشرف على التنفيذ أن يبذل العناية الواجبة لمن في مكانه أو مستواه من المقـــاولين أو المهندســـين وليس عليه تحقيق الغرض المقصود أو الهدف المنشود.

و إذا أثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد و إما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول.

و الحكمة من هذا الجزاء الخاص في عقد المقاولة أمران :

أولهما: إن استمرار المقاول في طريقة تنفيذه الخاطئة و عدم تنبيه رب العمل له رغم علمه (رب العمل) بعيب التنفيذ، سيؤدي إلى إنجاز عمل معيب يرفض رب العمل تسلمه فيما بعد، و يعد المقاول و كأنه لم ينفذ شيئاً في الوقت الذي كان بإمكان رب العمل أن يتحاشى هذه النتيجة و أن يضمن حسن التنفيذ، و إنجاز العمل على الصورة المطلوبة إذا قام بواجب التنبيه.

ثانيهما: أن استمرار المقاول في مخالفة العقد أو أصول الصناعة سيجعل إصلاح العيب مستحيلاً بعد أن كان ذلك ممكناً لو وجه إليه التنبيه.

٨-١-١-١-١ الأدوات اللازمة لإنجاز العمل:-

إذا احتاج المقاول، في إنجازه للعمل طبقاً لشروطه، إلى أدوات ومهمات، وجب عليه أن يأتي بها ويكون ذلك على نفقته، فأدوات العمل ومهماته، كآلات البناء تكون على المقاول دون حاجة إلى اشتراط ذلك في العقد، فقد يحتاج المقاول إلى أشخاص يعاونونه ويعملون تحت إشرافه فيكونون تابعين له، بل قد ينجز هؤلاء الأشخاص العمل كله وتقتصر مهمة المقاول على الإشراف والتوجيه، ما لم يكن العمل منظوراً فيه إلى مهارة المقاول الشخصية. ففي جميع هذه الأحوال تكون أجور العمال والمعاونين على المقاول، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك. وقد ورد نص صريح في هذا المعنى، فيما يتعلق بالأدوات والمهمات، في الفقرة الثانية من المادة ٦٦٦ من القانون الكويتي ويتوافق معه ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٦٤٩ من التقنين المدني المصري، ويجري نص المادة ٦٦٦ / ٢ من القانون الكويتي على الوجه الآتي: (وعليه أن يأتي على نفقته بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من عمالة و أدوات ومهمات، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك) ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى:

المادة ٢/٦١٥(مطابق) من التقنين المدني السوري و المادة ٢/٦٤٨(مطابق) من التقنين المدني الليبي و المادة ٢/٨٦٧(موافق) من التقنين المدني العراقي .

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٥٩ والتي تنص علي أنــه : (يجب على الصانع أن يقدم العدد والآلات اللازمة لإتمام العمل، ما لــم يكــن هناك عرف أو اتفاق مخالف). وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنــين المصري (السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ٨٢).

٨-١-١-١-٢ تقديم مادة العمل:-

يجب هنا التمييز بين فرضين فيما يتعلق بتقديم مادة العمل، فإما أن يكــون المقاول قد تعهد بتقديم المادة بالإضافة إلى العمل، وإما أن يكون رب العمل هو الذي تعهد بتقديم المادة واقتصر المقاول على التعهد بتقديم العمل، وطبقاً لــنص المادة ٦٤٧ من القانون المدني المصري والمادة ٦٦٢ مــن القــانون المــدني الكويتي يوجد فرضين هما:

(١) يجوز أن يقتصر التزام المقاول على تنفيذ العمل المتفق عليه، على أن يقدم رب العمل المواد اللازمة لذلك.

(٢) كما يجوز أن يلتزم المقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها إلــى جانــب التزامه بالعمل.

ويقابل ذلك في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ٦١٣ (مطابق) من التقنين المدني السوري والمادة ٦٤٦(مطابق) من التقنين المدني الليبي والمــادة ٨٦٥ من التقنين المدني العراقي والمادة ٦٤٧ من التقنين المــدني المــصري والتي تنص علي أنه (١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عملــه، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيــام بعمله، ويكون المقاول أجيراً مشتركاً. ٢-كما يجوز أن يتعهد المقــاول بتقــديم العمل والمادة معاً). (أحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٥٨ والتي تنص علي أنــه : (يجوز في الإستصناع أن يقتصر الصانع على تقديم عمله فقط فيقدم صــاحب الأمر المواد عند الاقتضاء، كما يجوز له أن يقدم المواد مع عمله، على أنــه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً، كان هناك بيع لا استصناع).(وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكــام التقنين المصري)(السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ص٨٥).

الفرض الأول: المقاول هو الذي يقدم المادة :-

تنص المادة ٦٦٣ مدني كويتي على ما يأتي:

(١- إذا التزم المقاول بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للمواصفات المتفق عليها، فإذا لم تبين هذه المواصفات في العقد، وجب أن تكون المواد وافية بالغرض المقصود).و توافقها المادة ٦٤٨ من القانون المصري و التي تنص على أنه : (إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسئولاً عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل) .

ويقابل هذين النصين في التقنينات المدنية العربية الأخرى: المادة ٦١٤ (مطابق) من التقنين المدني السوري و المادة ٦٤٧ (مطابق) من التقنين المدني الليبي و المادة ٨٦٦ (مطابق) من التقنين المدني العراقي.

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٦٦٣ والتي تنص على ما يأتي: (إن الصانع الذي يقدم المواد يكون ضامنًا لنوعها) (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) " السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ص٨٦ ".

وإذا قدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها وكان للمادة قيمة محسوسة، فإن العقد يكون مزيجاً من بيع ومقاولة، سواءً كانت قيمة المادة أكثر من قيمة العمل أو أقل، ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه، وقد طبق النص سالف الذكر هذه القاعدة، فجعل المقاول مسئولاً عن جودة المادة وعليه ضمانها لرب العمل، ذلك أن المقاول في هذه الحالة يكون بائعاً للمادة، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط واقف، هو تمام صنع المادة، فيصبح البيع باتاً وتنفذ آثاره، ومنها نقل الملكية وضمان العيوب الخفية، من وقت أن يتم المقاول عمله ويكسب الشيء المصنوع كل مقوماته الذاتية. (السنهوري الوسيط ص٨٧).

ويكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لم تتوفر في المادة الصفات التي كفل لرب العمل وجودها فيه، أو كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها، ويضمن المقاول هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده م ١/٤٤٧مدنى مصري والمادة ٤٨٩ مدني كويتي، و أيضاً الفقرة الثانية من المادة ٦٦٣ من القانون المدني الكويتي والتي تنص على (و يضمن

المقاول ما في هذه المواد من عيوب يتعذر كشفها عند تسلم العمل، و ذلك وفقاً لأحكام ضمان العيب في الشيء المبيع) .

ولا يضمن المقاول العيوب التي كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشيء، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت رب العمل أن المقاول قد أكد له خلو الشيء من هذا العيب، أو أثبت أن المقاول قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه.(المادة ٢/٤٤٧ مدني مصري والمادة ٤٩١ مدني كويتي). وإذا تسلم رب العمل الشيء، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه المقاول وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للشيء (المادة ١/٤٤٩ مدني مصري والمادة ٤٩٢ مدني كويتي)، أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه رب العمل، وجب عليه أن يخطر به المقاول بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلاً للشيء بما فيه من عيب (المادة ٢/٤٤٩ مدني مصري). وإذا أخطر رب العمل المقاول بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ (المادة ٤٥٠ مدني مصري)، وتبقى دعوى الضمان، ولو هلك الشيء بأي سبب كان(المادة ٤٥١ مدني مصري والمادة ٤٩٣ مدني كويتي).

وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل ولو لم يكشف هذا الأخير العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل المقاول أن يلتزم بالضمان لمدة أطول، على أنه لا يجوز للمقاول أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه(المادة ٤٥٢ مدني مصري) وتتوافق معها المادة ٤٩٦ من القانون المدني الكويتي.

وفي اختيار المقاول للمادة التي يقدمها يجب عليه أن يلتزم بالشروط والمواصفات المتفق عليها في خصوص هذه المادة كما سبق القول، وإذا لم تكن هناك شروط ومواصفات، وجب على المقاول أن يتوخى في اختيار المادة أن تكون وافية بالغرض المقصود مستفاداً مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو بالغرض الذي أعد له (المادة ١/٤٤٧ مدني مصري) .

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة المادة من حيث جودتها ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المقاول بأن يقدم مادة من صنف متوسط (المادة ٢/١٣٣مدني مصري والمادة ٢/١٧١ مدني كويتي).

الفرض الثاني: رب العمل هو الذي يقدم المادة:-

تنص المادة ٦٦٤من القانون المدني الكويتي على أنه (١- إذا كانت مواد العمل مقدمة من رب العمل، التزم المقاول أن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص العادي، وأن يراعي أصول الفن في استخدامها، و أن يؤدي حساباً عنها لرب العمل و يرد إليه ما بقي منها. ٢- فإذا صارت المواد أو بعضها غير صالح للاستعمال بسبب إهمال المقاول أو قصور كفايته الفنية التزم برد قيمتها إلى رب العمل مع التعويض إن كان له مقتض).

كما توافقها الفقرة الأولى من المادة ٦٤٩ من التقنين المدني المصري والتي تنص على أنه: (إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقى منها، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، التزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل)

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الآخري : المادة ١/٦١٥(مطابق) من التقنين المدني السوري و المادة ١/٦٤٨ (مطابق) من التقنين المدني الليبي والمادة ١/٨٦٧(موافق) من التقنين المدني العراقي .

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ١/٦٣٩ والتي تنص علي ما يأتي :(إن المؤجر الذي لايقدم إلا عمله يلزمه أن يسهر على حفظ الأشياء التي سلمت إليه لتنفيذ العمل أو الاستصناع). والمادة ٢/٦٦٣ من ذات القانون والتي تنص علي ما يأتي:(أما إذا كان صاحب الأمر هو الذي قدمها(المادة) فيجب على الصانع أن يستعملها بحسب القواعد الفنية وبدون إهمال، وأن يوقف صاحب الأمر على كيفية إستعماله إياها، وأن يرد إليه ما لم يستعمل منها).(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) "السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ص٩٠".

والمفروض هنا أن رب العمل هو الذي يقدم المادة للمقاول، ويجب على المقاول في هذه الحالة أن يحافظ على المادة المسلمة إليه من رب العمل، وأن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد، فإن نزل عن هذه العناية كان مسئولاً عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات، تحملها المقاول، لأنها تعتبر جزءاً من النفقات العامة التي أدخلها في

حسابه عند تقديره الأجر (استئناف مختلط ٢١ يوليو سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥١٧- ٢٠يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ص١٨٦- محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ٨٧ ص٩٧) كما يجب على المقاول أن يستخدم المادة طبقاً لأصول الفن، فيجانب الإفراط والتفريط، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون نقصان أو زيادة، وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعمله منها ويرد له الباقي إن وجد "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص٩١".

وإذا كشف المقاول في أثناء عمله، أو كان يمكن أن يكتشف تبعاً لمستواه الفني، أن بالمادة عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود، وجب عليه أن يخطر رب العمل فوراً بذلك، وإلا كان مسئولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج. أما إذا كان لا يمكن للمقاول أن يكشف العيب فإنه لا يكون مسئولاً .

ولما كانت مسئولية المقاول في هذا الخصوص مسئولية عقدية، فإنه إذا تلف الشيء أو ضاع أو هلك، وقع عبء الإثبات على رب العمل، فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد، وأن هذا الإهمال هو الذي ترتب عليه تلف الشيء أو ضياعه أو هلاكه، وللمقاول من جانبه أن يثبت، حتى يدرأ عن نفسه المسئولية، أنه بذل عناية الشخص المعتاد، أو أن التلف أو الضياع أو الهلاك كان بسبب أجنبي لايد له فيه، فتنتفي مسئوليته في الحالتين (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول الطبعة الثالثة ص ٤٢٩). كذلك فمن المفترض أن المقاول تتوافر فيه الكفاية الفنية اللازمة، وعلى رب العمل يقع عبء إثبات أن المقاول قد تسبب بقصور كفايته الفنية في جعل المادة أو بعض منها غير صالح للاستعمال. وللمقاول من جانبه أن يدرأ عن نفسه المسئولية بأن يثبت أنه قد قام بجميع واجباته بحسب أصول الفن، أو أن صيرورة المادة غير صالحة للاستعمال لا يرجع إلى قصور فني من جانبه، بل يرجع إلى سبب أجنبي (محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ٧٨ ص٩٨) .

٨-١-١-١-٣ مسئولية المقاول عن الخطأ الذي يقع منه وعن أخطاء تابعيه:

المقاول يكون مسئولاً عن خطئه مسئولية عقدية وإذا ثبت في جانبه الخطأ، فتتحقق مسئوليته، إذا هو خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها، أو انحرف عن أصول الفن وتقاليد الصنعة وعرفها، أو أساء اختيار المادة التي قدمها من عنده ليستخدمها في العمل، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد في المحافظة على

المادة التي قدمها له رب العمل، وبوجه عام إن هو خالف واجباً من واجباتــه، فضاعت أو تلفت بسبب خطئه المادة، تحمل هو الخسارة، فلا يرجع علـــى رب العمل لا بقيمة المادة التي ضاعت أو تلفت ولا بأجر العمل، بل يكون فوق ذلك مسئولاً عن تعويض رب العمل عما أصابه من ضرر بسبب إخلاله بالتزاماتــه على النحو الذي سنبينه فيما يلي. وإذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، وجب عليه أن يعوضه قيمتها، ولا يرجع عليه بأجر العمل، ويكون فوق ذلك مـــسئولاً عن التعويض كما سبق القول. وليس في كل ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة وقــد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبناني نصوصاً في هذا المعنى فنــصت المـــادة ٦٣٦ منه على ما يأتي: (إن مؤجر العمل أو الخدمة لا يكون مسئولاً عن خطئه فقط، بل يسأل أيضاً عن إهماله وقلة تبصره وعدم جدارته، ولا مفعــول لكــل اتفاق مخالف)، ويلاحظ أن مسئولية المقاول عقدية، فالنص على عــدم جــواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية يكون مخالفاً للقواعد العامة التي تجيز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية . ونصت المادة ٦٣٧ من نفس التقنـــين على ما يأتي: (إن المؤجر يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذي يـــنجم عـــن إخلاله بتنفيذ التعليمات التي تلقاها، إذا كانت صريحة ولم يكن لديه سبب كـــاف في عدم مراعاتها). أما إذا كان لديه مثل هذا السبب ولم يكن ثمة خطــر فـــي التأخير، فيلزمه أن ينبه صاحب الأمر وينتظر منه تعليمات جديدة. أما إذا حدث الضياع أو التلف بعد أن أعذر المقاول رب العمل لتسلم العمل، فـــإن مـــسئولية المقاول تنتفي، ما لم يثبت رب العمل أن الضياع أو التلف كان بـــسبب خطـــأ المقاول . "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص٩٣-٩٤". وكذلك فإن المقاول إذا استعان بشخص يساعده في إنجاز العمل أو استخدمه في ذلـــك فإنه يكون مسئولاً عنه مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه فالمسئولية هنا ليـــست مسئولية تقصيرية بل هي مسئولية عقدية. ويكون المقاول مسئولاً أيضاً قبل رب العمل عن المقاول من الباطن وذلك طبقاً للمادة٦٨١ /٢ من القـــانون المـــدني الكويتي و التي تنص على أنه (ولا تؤثر المقاولة من الباطن فـــي التزامـــات المقاول الأصلي قبل رب العمل، كما يسأل قبله عن أعمال المقاول من الباطن) و توافقها المادة ٢/٦٦١ من القانون المدني المصري .

٨-١-١-١-٤ مسئولية إصلاح الضرر أو الخسارة:-

"Responsibility to Rectify Loss or Damage"

إذا تضررت الأشغال أو أي جـــزء منها أو لحـــق بهـــا أو بالمـــــواد أو

التجهيزات التي تدخل في صلب الأشغال الدائمة أي ضرر خلال فترة مسئولية المقاول عن حمايتها لأي سبب من الأسباب (باستثناء بعض المخاطر الخارجة عن إرادته) فعلى المقاول أن يقوم على حسابه الخاص بإصلاح تلك الخسائر أو الأضرار حتى تكون الأشغال الدائمة منجزة من جميع الوجوه بصورة مطابقة لشروط العقد. ويكون المقاول كذلك مسئولاً عن أي خسارة أو أضرار تلحق بالأشغال بسببه خلال قيامه بأي من العمليات المطلوبة منه لغاية الوفاء بالتزاماته.

٨-١-١-١-٥ العمليات في الموقع وأساليب الإنشاء:

Site Operations and Methods of Construction:

أ-على المقاول أن يتحمل المسئولية الكاملة عن صلاحية واستقرار وسلامة عمليات وأساليب الإنشاء في الموقع. ويتحمل المقاول (حيثما ينص العقد صراحة على سلامة تصميم أي جزء من الأشغال الدائمة) مسئولية كاملة عن ذلك .

ب- يتعين على المقاول أن يراعي تحميل المنشآت بحمولتها التصميمية فقط، وألا يكدس المواد أو الحمولات على نحو يشكل خطورة على سلامة المنشأ .

ج- يلتزم المقاول بالمحافظة على الأشغال المؤقتة، مثل السور و المكاتب المؤقتة لجهاز العمل، وصيانتها بشكل لائق.

٨-١-١-١-٦ فحص الموقع: **" Site Inspection "**

على صاحب العمل أن يكون قد وضع تحت تصرف المقاول قبل تقديم المناقصات ما يتوفر لديه من المعلومات الخاصة بالأحوال الهيدرولوجية وطبقات الأرض تحت السطحية كما حصل عليها صاحب العمل مباشرة أو بالواسطة من الاستقصاءات ذات العلاقة بالأشغال، ويعتبر المقاول نفسه مسئولاً عن تفسيره الخاص لهذه المعلومات، كما يعتبر المقاول قد قام بالكشف على الموقع وتفحصه وتفحص الأماكن المحيطة به وجميع المعلومات المتوفرة عنه وأنه قد اقتنع شخصياً قبل تقديم مناقصته (إلى المدى الممكن عملياً مع مراعاة اعتبارات الكلفة والوقت) بالأمور التالية :

أ- شكل وطبيعة الموقع بما في ذلك أوضاع التربة تحت السطحية.

ب- الأوضاع الهيدرولوجية والمناخية.

ج- مدى حجم وطبيعة العمل والمواد اللازمة لإنجاز الأشغال وصيانتها.

د- وسائل الدخول إلى الموقع والتسهيلات التي قد يحتاج إليها.

وبصورة عامة يعتبر المقاول قد حصل على جميع المعلومات اللازمة التي سبق ذكرها والتي تتعلق بالمخاطر المرتقبة وغيرها من الاحتياجات وبناءً عليه يعتبر المقاول قد وضع مناقصته على أساس البيانات التي وفرها لــه صــاحب العمل وعلى المعاينة والفحص الذين أجراهما بنفسه، كما ذكر أعلاه.

٨-١-١-١-٧ **شمولية العرض:- " Tender Sufficiency "**

يفترض في المقاول أنه قد تأكد بنفسه قبل تقديم عرضه من صحة العرض وشموله لكل ما يتعلق بالأشغال، وكذلك فيما يتعلــق بأســعار الوحدة والأجــور المدرجة في جداول الكميات، وأن هذه الأسعار تغطي - باستثناء ما قــد يــرد خلافاً لذلك في العقد - جميع ما يلزم المقاول للوفاء بالتزاماته التعاقدية (بمــا فيها أثمان المواد واللوازم والتجهيزات والخدمات أو الأمور العارضة المشمولة بمبالغ احتياطية) وكذلك النفقات والأشياء الأخرى الضرورية اللازمــة لتنفيــذ الأشغال وإنجازها وصيانتها (إصلاح العيوب) بشكل متقن .

٨-١-١-١-٨ **العوائق والأوضاع الطبيعية المعاكسة:**

Adverse Physical Obstructions and Conditions :

أما إذا ما واجه المقاول في الموقع خلال تنفيذه للأشغال أوضاعاً أو عوائق طبيعية - لا علاقة لها بظروف المناخ - وكانت تلك الأوضاع أو العوائق مــن النوع الذي لا يستطيع مقاول خبير أن يتوقع حدوثها، فللمقاول عندئذ إشعار رب العمل أو من يمثله بالأمر.

وإذا ارتأى رب العمل عند تسلمه مثل هذا الإشعار، أن تلــك العوائــق أو الأوضاع هي من النوع الذي لا ينتظر من مقاول خبير أن يتوقع حدوثها، فــإن عليه أن يبت فيما يلي :

أ- أي تمديد في مدة العمل يستحقه المقاول .

ب- وتحديد مقدار الكلفة الإضافية التي تكبدها المقاول بسبب هذه العوائــق أو الأوضاع التي اعترضت أعماله، لتعويض المقاول عنها .

ويتعين عليه إشعار المقاول بقراره وتسليم نسخة منه إلى صاحب العمــل، وعلى أن يأخذ في الاعتبار عند بته في الأمر أي تعليمات قد يكــون أصــدرها

المهندس إلى المقاول بخصوص العوائق والأوضاع المــذكورة وأي إجــراءات صحيحة ومعقولة ومقبولة إرتأى المقاول اتخاذها في غياب تعليمات محددة من رب العمل أو من يمثله.

ومثال على ذلك مشروع سوق المباركية في مدينة الكويت عند عملية الحفر تم العثور على أواني قديمة تاريخية، ما أدى إلى إيقاف الحفر و المشروع بأكمله لمدة ستة شهور لحين إزالة كافة الآثار، ثم استكمل المشروع. أي أنه تم تمديــد المشروع دون مقاضاة أي من طرفي العقد.

و مثال آخر أيضاً في مشروع منطقة الجابرية عند البدء بعمليــات الحفــر اكتشف أنه على الأعماق البعيدة يوجد عدد كبير من الآبار المائية التي لم يــتم الكشف عنها من خلال عمل المجسات وبالتالي تم تعويض المقاول لما تكبده من تكلفة إضافية لهذه العوائق.

٨-١-١-١-٩ وجوب مطابقة الأشغال للعقد:-

Works to be in Accordance with Contract :

على المقاول - باستثناء ما هو مستحيل قانونياً أوعملياً - أن يقوم بتنفيــذ الأشغال وإنجازها وصيانتها متقيداً تمام التقيد بأحكام العقد، وعليه أن يتقيد بدقة بتعليمات رب العمل حول أي أمر متعلق بالأشغال، سواءً ورد ذكره في العقد أم لم يرد مادام لا يخالف ما ورد طرحه، وعلى المقاول أن يتلقى التعليمــات مــن رب العمل فقط، أو من ممثل رب العمل (المهندس) في حدود ما نــص عليــه العقد. فالمادة ٦٦٦ من القانون الكويتي في فقرتها الأولى تنص على أن (على المقاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المقاولة و في المدة المتفق عليها ،...)

٨-١-١-١-١٠ تقديم برنامج العمل:- Program to be Submitted

على المقاول، خلال مدة تعين في العقد من تاريخ المباشرة، أن يعد ويقــدم إلى رب العمل برنامجاً لخطته في تنفيذ الأشغال بذلك الشكل وتلــك التفاصــيل التي يحددها رب العمل لموافقته وعلى المقاول أن يقوم بإطلاع رب العمل علي وصفاً "خطياً عاماً" للترتيبات والأساليب التي سيتبعها في تنفيذ الأشغال، كلمــا طلب إليه رب العمل ذلك.

٨-١-١-١-١١ **تعديل برنامج العمل:-** **Revised Program**

إذا تبين للمهندس في أي وقت أن سير العمل الحقيقي في تنفيذ الأشـــغال لا يتفق والبرنامج الموافق عليه، فينبغي على المقاول عندئــذ أن يقــدم برنامجـــاً "معدلاً" يتضمن التعديلات الضرورية التي سيدخلها على البرنامج لتأمين إنجاز الأشغال خلال مدة العمل.

٨-١-١-١-١٢ **كشف التدفق النقدي:-**

Cash Flow Estimate to be Submitted

على المقاول، خلال مدة تعين في العقد من تاريخ المباشرة ، أن يطلع رب العمل علي كشفا مفصلاً " بالتدفق النقدي " يتضمن جميع المبالغ التـــي ســـوف تستحق للمقاول بموجب العقد، وعليه أن يواصل تزويد رب العمل بالكـــشوفات المعدلة للتدفق النقدي بشكل منظم وعند الحاجة.

إن تقديم المقاول لمثل هذا البرنامج وكشوف التدفق النقدي إلى رب العمـــل وموافقته عليها لا يعفي المقاول من أي من واجباته أو مسئولياته بموجب العقد.

٨-١-١-١-١٣ **تثبيت الأبعاد:-** **"Out-Setting"**

يكون المقاول مسئولاً عما يلي:

أ- تثبيت أبعاد الأشغال تثبيتاً دقيقاً وصحيحاً بالنسبة لنقاط المرجع الأصلية والخطوط والمناسيب التي يزوده بها المهندس خطياً .

ب- والتأكد (تطابقاً مع ما ورد ذكره أعلاه) من دقـــة وصـــحة المواقـــع والمناسيب والقياسات والاستقامات الخاصة بجميع أجزاء الأشغال .

ج- وتوريد جميع أجهزة الكيـــل والآلات والمعدات والعمالة اللازمة لإنجاز المسئوليات التي سبق ذكرها.

إذا تبين في أي وقت خلال تنفيذ الأشغال أي خطأ في موقع أو مناســـيب أو مقاسات أو استقامات أي جزء من الأشغال، فينبغي علـــى المقـــاول أن يقـــوم بتصحيح تلك الأخطاء - إذا طلب منه رب العمل ومن يمثله ذلك - وفقاً لقناعة رب العمل أو من يمثله وتكون كلفة التصحيح تلك على حساب المقـــاول إلا إذا كان الخطأ ناشئاً عن معلومات مغلوطة زوده بها رب العمل ومن يمثله خطيـــاً فحينئذ تكون مسئوليتها على رب العمل، وعلى المهندس في مثل هـــذه الحـــال

دراسة وتدقيق الأبعاد والمناسيب والقياسات من قبل رب العمل أو من يمثله ولا يعفي المقاول من مسئولياته عن دقة التثبيت المطلوبة.

وعلى المقاول أن يحمي ويحافظ على جميع علامـات القيـاس والأوتـاد والدربزونات وغيرها من الأشياء المستخدمة على نفقته الخاصة.

٨-١-١-١-١٤ الحفر والمجسات التجريبية:-

Boreholes and Exploratory Excavation:

يتعين على المقاول في أي وقت خلال تنفيذ الأشغال - بناءً على طلب رب العمل ومن يمثله أن يقوم بتنفيذ مجسات للتربة سـواءً على شكل غروز أو حفر تجريبية وإذا لم يتضمن جدول الكميات بنـوداً أو مبالغ إحتياطية تغطي مثل هذه الأعمال، فإنها تعتبر أعمالاً إضافية. إلا أنه يحق لرب العمل ومن يمثله في كل وقت أن يكلف أي جهة أخرى للقيام بمجسات للتربة، وفي هذه الحالة يتحمل صاحب العمل نفقاتها إذا كانت خارجة عن نطاق مسئولية المقاول بموجب العقد.

٨-١-١-١-١٥ السلامة والأمن وحماية البيئة:-

Safety, Security and Protection of the Environment:

يتعين على المقاول خلال مدة التنفيذ وإنجاز الأشـغال وصـيانتها التقيـد بالأمور التالية:-

أ- العناية بسلامة جميع الأشخاص المسموح لهم بالتواجد في موقع الأشغال والمحافظة على الموقع (ما دام تحت رقابته) وعلى الأشغال (ما دامت قيـد التنفيذ وغير مشغولة من قبل صاحب العمل) في حالة منظمة لحماية الأشخاص من الأخطار.

ب- تزويد الموقع على نفقته الخاصة بوسائل الإنارة والحراسـة والوقايـة والتسييج والإشارات التحذيرية من الخطر، حيثما وأينما اقتضت الضرورة ذلك أو بنـاء على طلب رب العمل أو من يمثله أو أي سلطة أخرى، لغاية حماية الأشغال وسلامة وراحة أفراد الجمهور أو غيرهم.

ج- إتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لحماية البيئة من التلوث ضمن الموقع وخارجه، وتجنب إحداث الضرر للأفراد أو التسبب في إزعاجهم أو الإضـرار بممتلكاتهم أو بسائر الناس نتيجة للتلوث أو الضجيج أو غيره مما قد ينتج عـن العمليات التي يقوم بها .

٨-١-١-١-١٥-١ حراسة الآلات والأدوات أثناء فترة التشييد:-

يعتبر المقاول حارساً للآلات والأدوات التي يستعملها في عملية البنـــاء، و تثور هنا مسؤليته كحارس لتلك الآلات والأدوات عن الأضرار الناجمة عنهـــا، أي أن هناك حراسة مزدوجة و هي حراسة البناء وحراسة الآلات.

ونرى أن كل ما يستعمل في عمليات البناء إما أن يكـــون آلات و إمـــا أن يكون أدوات و أشياء بحسب طبيعتها أو بحسب الظروف الموجودة بها تتطلـــب حراستها عناية خاصة وبالتالي يطبق عليها حكم المادة ١٧٨ من القانون المدني المصري والتي تنص على أن : (كل من يتولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة).(د. محمـــد حـــسين منـــصور - المسئولية المعمارية ص ٩-١٠).

ومن المقرر أن مسئولية الحارس علي الشئ هي مسئولية مبناهـــا الخطـــأ المفترض وقوعه من الحارس افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ولا ترتفع عنـــه هذه المسئولية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ، بأن يكون الحادث قد وقع نتيجة قوة قاهرة أو خطأ المـــضرور أو خطـــأ الغيـــر . (الطعن بالتمييز ١٣ / ٩٥ تجاري جلسة ١٨ - ٦ - ١٩٩٥).

و إذا كان النص في المادة ٢٤٣ / ١ ، ٢ من القانون المدني الكويتي علي أن (١- كل من يتولي حراسة شئ مما يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه يلتزم بتعويض الضرر الذي يحدثه هذا الشئ، ما لم يثبت أن هذا الضرر قد وقع بسبب أجنبي من قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المـــضرور أو فعـــل الغير. ٢- وتعتبر من الأشياء التي تتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منها السيارات والطائرات وغيرها مـــن المركبـــات الأخـــري والآلات الميكانيكيـــة والسفن، والأسلحة، والأسلاك والمعدات الكهرائية، والحيوانات، والمباني وكـــل شئ آخر يكون بحسب طبيعته أو بحسب وضعه، مما يعرض للخطر) . يـــدل وعلي ما ورد بالمذكرة التوضيحية أن المشرع في تقريره هـــذه المـــسئولية، لا يفرق بين الأشياء حسب طبيعتها من الحركة أو الثبات أو الحيـــاة أو المـــوت، فحسب الشئ، لكي تثبت المسئولية عن الضرر الناجم عنه أن يكـــون بحـــسب طبيعته أو وضعه مما يتميز بالخطورة من حيث أنه يعرض الناس للخطر فـــي أرواحهم أو في أموالهم سواءً أكان منقولاً أو عقاراً ، حياً أم جماداً بناءً أم غير

بناء ، ويلزم لتحقيق المسئولية أن يكون الضرر واقعاً بفعل هذا الشئ ونتيجة تدخل إيجابي له، وهو يكون كذلك إذا كان الشئ في وضع أو حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر، وإذا أحدث الشئ ضرراً فيفترض أن الشخص قد تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداثه، وعلي المسئول إثبات أن الشئ لم يتدخل في إحداث الضرر إلا تدخلاً سلبياً.

وطبقاً لحكم النصين سالفي الذكر فإن مسئولية حارس الشئ الذي يتطلب عناية خاصة لمنع وقوع الضرر منه تقوم علي أساس خطأ مفترض في الحراسة، مفترض وقوعه من حارس الشئ إفتراضاً لا يقبل إثبات العكس وهذه المسئولية لا تدرأ عن الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغي من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشئ الذي في حراسته، وإنما ترتفع هذه المسئولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل الغير، وتقدير توافر هذا السبب الأجنبي وأثره في نفي علاقة السببية بين الشئ والضرر من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضائها علي أسباب سائغة تكفي لحمله . (الطعن ٣٥ / ٨٧ تجاري جلسة ٥ – ٧ – ١٩٨٧) .

و من المقرر أنه يشترط لقيام المسئولية الناجمة عن حراسة الشئ في حكم المادة ٢٤٣ من القانون المدني الكويتي – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشئ ذاته، أي أن يكون تدخل الشئ الايجابي هو الذي سبب الضرر، ويقع عبء إثبات هذا التدخل علي عاتق المضرور الذي تقوم به القرينة علي توافر رابطة السببية، ومن ثم المسئولية والتي لا ترتفع إلا بإثبات الحارس للسبب الأجنبي، وإستخلاص توافر رابطة السببية بين فعل الشئ وبين الضرر هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع بغير معقب عليها ، متي كان استخلاصها سائغاً. (الطعن ٤٠ / ٨٧ تجاري جلسة ٧ – ١٢ – ١٩٨٧) .

٨-١-١-١-١٦ الأضرار اللاحقة بالأشخاص والممتلكات :-

Damage to Persons and Property:

على المقاول، ما لم ينص في العقد على غير ذلك، أن يعوض صاحب العمل عن كل الخسائر والمطالبات المتعلقة بالآتي :

أ- وفاة أو إصابة أي شخص.

ب- الخسارة أو الضرر لأي ممتلكات، والتي قد تنشأ أو تنتج عن تنفيذ أو إتمام الأشغال وإصلاح أي عيوب فيها، وعن المطالبات والدعاوى والتعويضات والتكاليف والأعباء والمصروفات أياً كانت ، المتعلقة بتنفيذ العقد أو المرتبطة به، (باستثناء ما يلي في بند الاستثناءات).

الأضرار الناجمة عن عمليات التشييد يمكن أن تصيب الأفراد العاملين في مجال البناء أو من لهم صلة به، و لكنها يمكن أن تصيب أيضاً الأجنبي عن العملية مثل المارة والجيران. أما المارة فإذا أصيبوا بشيء من عملية التشييد في أجسامهم أو في أموالهم فيستطيعون أن يعودوا على الحارس وهو المقاول. وأما الجيران فقد تتنوع المضار التي تصيب الجيران بسبب عمليات البناء إذ يمكن أن تمس الأضرار مصالحهم المادية مثل تهدم أو شرخ في المنزل أو مصالحهم الأدبية بسبب الضجيج أو حجب الرؤية، وبالتالي يمكن أن يعودوا على الحارس بحسب الأحوال لإصلاح الأضرار التي أصابتهم، إلا أن القانون قد ميز الجار بوضع خاص كما نصت على ذلك المادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري:

(١- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

٢- ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، و إنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت المألوف، على أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق.)

٨-١-١-١-١٦-١ الاستثناءات:- Exceptions

تشمل الاستثناءات المشار إليها في الفقرة أعلاه ما يلي (على سبيل المثال):-

أ- الاستعمال الدائم للأرض لغرض الأشغال أو أي جزء من الأشغال .

ب- حق صاحب العمل في تنفيذ الأشغال أو أي جزء منها سواءً على سطح الأرض أو تحتها أو داخلها أو عبرها .

ج- الضرر اللاحق بالممتلكات لأسباب يستحيل تجنبها نتيجة لتنفيذ الأشغال أو إنجازها أو صيانتها تنفيذاً لأحكام العقد .

د- وفاة أو إصابة أي شخص أو وقوع أي خسارة أو ضـــرر للممتلكـــات بسبب أي إهمال من قبل صاحب العمل أو ممثليه أو مستخدميه أو أي مقـــاولين آخرين غير تابعين للمقاول أو بسبب أي إدعاءات أو إجراءات أو أضـــرار أو رسوم أو نفقات تنشأ عن هذه الأمور أو لها علاقة بها فيمـــا عـــدا مـــا يتعلـــق بالإصابات أو الأضرار التي أسهم بها المقاول أو مستخدموه أو ممثلـــوه حيـــث يحدد التعويض بصورة عادلة ومنصفة تأخذ في الاعتبار حجم مسئولية صاحب العمل ومستخدميه ووكلائه والمقاولين الآخرين العاملين لحسابه بنسبة تـــسببهم بحصول الإصابات أو الأضرار.

٨-١-١-١-١٧ معـــدات المقاول في الموقع: -

تعتبر هذه المعدات بعد نقلها للموقع بغرض تنفيذ الأعمال فقط ولا يجـــوز استعمالهـــا لغير أغراض العقد وتنص العقود الحديثة علـــى أنـــه " لا يجـــوز للمقاول بدون إذن من المالك نقلها خارج الموقع طالما أن وجودهـــا ضـــروري للأعمال ". ويكون المقاول مسئولاً عن أي ضياع أو خراب أو عطل.

٨-١-١-١-١٨ تقاريـــــر سيـــــر العمل : -

علـــى " ممثل المقاول " في الموقع أن يقدم إلى ممثلي المالك / المهندس في الموقع كشوفاً يومية وأسبـــــوعية مفـــصلة بأعـــداد و مـــؤهلات المـــوظفين المستخدمين من قبل المقاول وكذلك بالنسبة للمعدات وأنـــواعها.

و علـــى المقاول أيضاً علاوة على ذلـــك أن يقـــدم للمالـــك / المهنـــــدس تقارير شهرية وأسبوعية مفصلة عن سير العمل، ويجب أن تبين هذه التقـــارير بوضوح العمل المنجز وســـاعات عمل العمال الفعليـــة خـــــلال الأســـبوع أو الشهر المنصرم مع إجراء مقارنة مع العمل الذي أنجز في الأسبوع أو الـــشهر الذي سبـــقه وكذلك مع ما هو مقرر في برنـــامج العمـــل، وأن تـــسجل أيـــضاً الأحداث الخاصة التي وقعت خلال فترة التقرير المذكور والعمل المتوقع إنجازه خلال الأسبوع أو الشهر القادم.

وعلى ممثل المقاول إبلاغ ممثل المالك أو المهندس فوراً بأية حوادث تقـــع، وبالوقائع الخاصة التي قد تؤثر على سلامة سير العمل .

كما تعقد إجتماعات بين ممثلي المالك / المهندس وممثلي المقاول، ويتفـــق على تكرار هذه الاجتماعات بين وقت وآخر طبقاً للحاجات الفعلية إليها.

٨-١-١-١-١٩ تنظيـف المـوقع:- Ntractor to Keep Site Clear

على المقاول أو أي من أتباعه الاستجابة الفورية لتعـليمات المالـك / المهنـدس التي تصـدر بإزالة أية مخلفات ناتجة عن تنفيذ الأعمال وذلك فـي الأوقات التي يحددها المالك/المهندس وإذا ما قصر المقاول فـي إزالـة تلـك المخلفات من التاريـخ المحـدد فعندئـذ تزال تلك المخلفات من قبل المالك أو من يمثله أو الغير ويتحمل المقاول التكاليف اللازمة لإزالتها ولـن يسمح بتجميع النفايات لأكثر من أسبوع، أما المواد الخطرة فيجب إزالتها من الموقع فوراً.

ويجب أن تظل الشوارع المجاورة والممرات وطرق السيارات سالكة فـي كل الأوقات ويجب إزالة المواد الناتجة عن الهدم في الموقع فوراً وعلى المقاول عند إتمام أي جزء من العمل أن يترك الموقع نظيفاً وملائماً للاسـتعمال وفـي حالة جيدة تحوز على رضى المالك أو المهندس.

٨-١-١-١-٢٠ تنظيف الموقع عند الإنجاز:-

Clearance of Site on Completion:

كما تنص أيضاً العقود صراحة على مسئولية المقاول عن نظافة الموقـع، فيتعين على المقاول عند إنجاز الأشغال وقبل إصدار شهادة التسلم الأولى أن يقوم بتنظيف أي جزء من الموقع صدرت بشأنه شهادة التسلم، وأن يزيل ما به مـن المعدات والمواد الفائضة عن الاستعمال وكذلك النفايات والأشغال المؤقتة مـن أي نوع كان، بحيث يقوم بتسليم ذلك الجزء من الموقع والأشغال نظيفاً وبصورة مرتبة ومقبولة لدى المهندس.

إلا أنه يجب مراعاة حق المقاول في أن يحتفظ في الموقع حتى نهاية فتـرة الصيانة بما يلزمه من مواد ومعدات وأشغال مؤقتة لغايـة الوفـاء بالتزامـات الصيانة المطلوبة منه.

٨-١-١-١-٢١ تجنب إلحاق الضرر بالطرق:-

Avoidance of Damage to Roads:

ينبغي على المقاول إتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لحماية جميع الطـرق والجسور أو المعابر المؤدية إلى موقع الأشغال من الضرر أو الخراب بـسبب استعمال ناقلات المقاول أو ناقلات مقاوليه الفرعيين. وعليه اختيـار الطـرق واستخدام الناقلات وحصر توزيع الحمولات بذلك الأسلوب أو الطريقـة التـي تضبط إلى أقصى حد ممكن حركة النقل والمرور غير العادية الناتجة عمومـاً

عن تحريك المواد والتجهيزات ومعدات المقاول أو الأشغال المؤقتة من وإلـــى الموقع بحيث لا تلحق ضرراً بتلك الطرق أو الجسور ما أمكن ذلك.

و باستثناء ما ينص عليه خلافاً لهذا، فإن المقاول يعتبر مسئولاً عن تحمـــل ودفع جميع النفقات التي تترتب على تقوية أي جسر أو تغيير أو تحسين مـــسار أي من الطرق الموصلة من وإلى الموقع بقصد تسهيل حركة معدات المقاول أو نقل الأشغال المؤقتة. ويتعين على المقاول تعويض صـــاحب العمـــل بـــصورة مستمرة عن جميع المطالبات التي قد يتعرض لها صـــاحب العمـــل بـــسبب أي ضرر يلحق بالطرق أو الجسور نتيجة للتحركات التي سبقت الإشـــارة إليهـــا، ويشمل هذا التعويض جميع المطالبات المباشرة ضد صـــاحب العمـــل، وعلـــى المقاول أن يتولى المفاوضات بخصوص المطالبات الناشئة عن الضرر ودفع ما يترتب عليها من نفقات.

و على الرغم مما نصت عليه الفقرة السابقة فيما إذا لحق أي ضرر بـــأي جسر أو طريق تؤدي إلى الموقع أو تتصل بالطرق المؤدية إليه كنتيجـــة لنقـــل المواد أو التجهيزات، فينبغي على المقاول حال معرفته بالـــضرر الحاصـــل أو إطلاعه عليه أو فور تسلمه أي إدعاء من السلطة المختصة بتوجيه مثـــل هـــذا الادعاء، أن يشعر المهندس بذلك مع إرسال نسخة من الإشعار إلـــى صـــاحب العمل.

وحيثما ورد حكماً في أي قانون أو نظام أن متعهد نقل المواد أو التجهيزات مطالب بتعويض السلطة المشرفة على الطرق، عن أي خراب يـــصيبها، فـــلا يتحمل صاحب العمل أي مسئولية بخصوص أي نفقات أو رسوم تنشأ عنـــه أو تتعلق بالضرر الذي أصاب الطريق، وعلى صاحب العمل في أي حالة أخـــرى غير هذه الحالة التفاوض لتسوية ودفع جميع المبالغ الناشـــئة عـــن مثـــل هـــذه المطالبات وتعويض المقاول عنها وعن جميع مـــا ينـــشأ أو يتعلـــق بهـــا مـــن المطالبات والإجراءات والأضرار والرسوم والنفقات.

كما ويشترط أنه إذا كان من رأي رب العمل أو مـــن يمثلـــه، أن الادعـــاء المذكور أو أي جزء منه قد نشأ عن تقـــصير المقـــاول فـــي مراعـــاة و أداء التزاماته، فيحق لصاحب العمل عندئذ أن يسترد من المقاول المبلغ الذي يقـــرره رب العمل أو من يمثله (بعد إجراء التشاور اللازم مـــع كـــل مـــن المقـــاول وصاحب العمل) وأن يخصمه من أي دفعة إستحقت أو قد تـــستحق للمقـــاول، ويتعين على رب العمل أو من يمثله أن يشعر المقاول بالأمر ويرسل نسخة من

الإشعار إلى صاحب العمل، ويشترط على صاحب العمل أن يشعر المقاول بأنه يزمع إجراء مفاوضة لتسوية الادعاء ومطالبة المقاول بدفع ما يترتب عليه دفعة من المبالغ شريطة أن يتشاور صاحب العمل مع المقاول قبل الاتفاق على التسوية.

٨-١-١-١-٢٢ إصلاح العيوب:-

يجب أن يقوم المقاول بتنفيذ الأعمال وفقاً للمواصفات و يجب إزالة وإعادة بناء أو تبديل أي عمل مخالف للمواصفات وذلك من قبل المقاول وعلى نفقته، كما يجب على المقاول أن يقوم وعلى حسابه الخاص بإصلاح جميع الأعمال التي تتضرر وتتلف خلال عملية إزالة الأعمال المخالفة للمواصفات.

و للمالك أو المهندس أن يرفض المعدات أو المواد أو الأعمال إذا وجد في أي وقت قبل صدور شهادة القبول النهائي أي خلل أو عيب فيها، و على المالك أو المهندس عندئذ أن يقوم بإشعار المقاول بذلك كتابياً حيث يتعين على المقاول تقرير اختيار أن يصلح أو يبدل الجزء المعيب وعليه إذا ما دعت الضرورة أن يصلح الأجزاء التي تعيبت من جراء عمله على نفقته وأن يعوض المقاولين الآخرين عن أي ضرر يحل بأعمالهم.

و على المالك أو المهندس أن يشعر المقاول كتابياً إذا فشل العمل المنجز أو أي جزء منه في أن يفي بمتطلبات العقد على أن يبين في الإشعار تفاصيل هذه العيوب وعلى المقاول عندئذ أن يقوم بإصلاحها أو تغييرها أو التعديل فيها بما يتطابق مع متطلبات العقد وإذا فشل المقاول خلال فترة معقولة في القيام بما ذكر أعلاه يحق للمالك حسب اختياره أن يستبدل على نفقة المقاول كل أو بعض أجزاء العمل المعيبة أو تلك الأجزاء التي لا تفي بمتطلبات العقد ويحق للمالك إسترداد ما دفعه للمقاول في حالة وجود عيوب في المعدات المتعاقد على توريدها وتركيبها، وهذا لا يخل بحق المالك بالمطالبة بالتعويض إذا اقتضى الأمر.

و على المقاول فور انتهائه من إبدال المعدات المعيبة أن يقوم بإزالتها من موقع العمل دون أن يتحمل المالك أية تكاليف .

و على المقاول إذا طلب منه المالك أو المهندس أن يتحرى عن سبب أي عيب أو خلل أو خطأ وإذا كان هذا العيب أو الخلل أو الخطأ لا يشكل إحدى مسئوليات المقاول بموجب هذا العقد فإن المالك يتحمل التكاليف التي

تكبدها المقاول للتحري عن العيب في العمل، أما إذا كان العيب أو الخلل أو الخطأ من ضمن ما يسأل عنه المقاول فإن تكاليف البحث والتحري يتحملها المقاول وحده وعليه في هذه الحالة أن يصلح ويعالج هذا العيب أو الخلل أو الخطأ على نفقته الخاصة.

و لا تتضمن هذه المادة ما يمنع المالك من استعمال حقوقه التي يملكها بموجب العقد بشأن هذه النواقص والعيوب كما لا تتضمن ما يعفي المقاول من التزاماته التعاقدية .

٨-١-١-١-٢٢-١ علاج الإهمال وتقصير المقاول: -

إذا أهمل المقاول في تنفيذ الأعمال بسرعة ونشاط واجتهاد مناسب أو رفض أو تقاعس في الالتزام بتنفيذ الأوامر الصادرة له خطياً من قبل المالك أو المهندس بشأن الأعمال المتعاقد عليها أو قام بمخالفة شروط العقد يحق للمالك حينئذ إشعاره خطياً بإصلاح الأخطاء وتفادي المخالفات المعيبة فإذا لم يلتزم المقاول خلال مدة معقولة بما ورد في الإشعار بعد استلامه له يكون للمالك الحق في نزع العمل كله أو جزء منه من يد المقاول وأن يستمر في العمل إما بنفسه أو وكلائه أو يتعاقد ثانية مع أي شخص أو أشخاص آخرين لإنجاز الأعمال أو أي جزء منها وأن يقدم أية معدات أو مواد وأدوات أو أيدي عاملة أخرى بهدف إتمام العقد.

وفي مثل هذه الحالة يحق للمالك أن يستولي على ويتولى حيازة ويستعمل بحرية معدات أو مواد أو أدوات أو حبال أو بكرات المقاول أو أية مواد أخرى موجودة في الموقع لتنفيذ الأعمال دون أن يكون مسئولاً تجاه المقاول عن أي استهلاك أو تلف بها ، ودون أن يكون للمقاول أي حق باستعمالها إطلاقاً .كما يحق للمالك أن يحتفظ بأي مبلغ أو أي جزء من المبلغ المستحق لديه للمقاول ليغطي تكاليف تنفيذ الأعمال التي أجلها المقاول، فإذا زادت تكاليف إنجاز هذه الأعمال عن المبلغ المستحق للمقاول لدى المالك ولم يستطع المقاول سد النقص فللمالك أن يسترد هذه التكاليف من المقاول بإتخاذ الإجراءات القانونية والاقتطاع من كفالة الإنجاز.

٨-١-١-١-٢٣ حماية وحراسة الأعمال:-

يستقر القضاء الفرنسي والمصري على أن حراسة البناء أثناء فترة التشييد و قبل تسليمه إلى المالك تنعقد إلى المقاول أو المهندس على حسب الأحوال أي

من يرتبط بالمالك بعقد المقاولة. فالحارس هو من تكن له السيطرة الفعلية على الشيء و يمكنه التصرف في شؤنه و رعايته وتوجيهه. والمقاول هو الحـــارس أثناء التشييد لأنه مستقل في عمله عن صاحب العمل وله كل الحرية الفنية فـــي أن يتخذ وحده مايراه لإمكان الوصول بالمقاولة إلى النهاية المشترطة عليه فـــي عقد المقاولة.

وعلى المقاول أن يغطي بشكل مناسب ويحمي أي قسم أو جزء من الأعمال يحتمل أن يتضرر نتيجة تعرضه للعوامل الجوية وذلك طـــوال فتـــرة الإنجـــاز وحتى صدور شهادة الاستلام الابتدائي وعليه أن يتخذ كل الاحتياطات المناسبـــة لوقاية أي قسم أو جزء من العمل – لم يتم استلامه – من الضياع أو التلف لأي سبب. و في حالة ضياع أو تلف في الأعمال أو أجزاء منها في الموقـــع نتيجـــة أسباب خارجة عن مسئولية المقاول ، فعلى المقـــاول أن يقـــوم بإصـــلاحها أو إبدالها إن طلب المالك منه ذلك وبسعر يتفق عليه بين المقاول والمالـــك أما إن لم يتم الاتفاق بينهما فيتم تعيين الجهة التي تفصل بين المالـــك والمقـــاول لهـــذا الغرض ويكون قرارها نهائياً ومثل هذه التكاليف تضاف إلى سعر العقد.

أي ضياع أو تلف لأي قســـم أو جـــزء من العمـــل لم يستلم بعد ، ناجـــم عن أي حادث بسبب أي تصرف من المقاول أو المقاول مـــن البـــاطن أو ناشئ عـــن عدم تقيد المقاول بأية التزامات مفروضة عليـــه عندئـــذ يقـــوم المقـــاول باستبداله أو إصلاحـــــه على نفقته الخاصة وبشكل يحوز على رضاء المالك / المهندس .

إذا كان أكثر من مقاول يشترك في عمل التشييد في نفس الوقـــت أو فـــي أوقات متقاربة ، تتوزع عليهم الحراسة كل منهم فيما يخصه من أعمال. و من ثم فإن سقوط بعض قوالب الطوب أثناء البناء وإصابة أحد المارة أو العـــاملين يثير مسئولية المقاول بوصفه الحارس. والضرر الناجم عن سقوط جـــزء مـــن نافذة أثناء التركيب يثير مسئولية مقاول النجارة باعتبـــاره الحـــارس ، أمـــا إذا وقعت الأضرار السابقة أو بعضها بعد تسليم المقاول العمل للمالك فإن الحراسة تكون قد انتقلت إلى هذا الأخير ويسأل في مواجهة المضرور ويستطيع الرجوع بدوره على المقاول طبقاً لأحكام الضمان العشري.

على المقاول وقبل استلام الأعمال أن يعوض المالك فوراً بقـــدر مـــا هـــو مسئول طبـــقاً للقانون المعمول به عن كل ضرر يلحق بأي شـــخص أو بأيـــة ممتلكات – عدا الممتلكات التي تشكل جزءا من العقد ، وعـــن كـــل الأفعـــال

والقضايا والمطالبات والدعاوى القضائية والتكاليف والنفقـات والمـصروفات المتعلقة بذلك والناجمة عن إهمال المقاول أو المقاول مـن الباطن ، وعـن كـل عيب في التصميم عدا التصميم الذي يقدمه أو يحدده المالك أو المهندس وكـان المقاول قـد أعلن عن عدم مسئوليته عنه كتابة خلال مدة (يتم الاتفاق عليهـا بالعقد) من استلامه تعليمات المالـك / المهندس - وعن كل عيب في المواد أو المصنعية - أو عن تصرفات موظفي المقاول أو المقاول من الباطن .

إذا حدث أثناء وجود المقاول في الموقع لهدف إصلاح أي عيب أية خـسائر أو تلف أو ضرر بالعمل أو لأية ممتلكات أخرى لأي شخص ، فإن مـسئولية المقاول هنا تكون كأن الخسائر والتلف والضرر قد حدث قبل استلام أي جـزء من العمل .

على المقاول أن يعوض المالك عـن الـدعاوى القـضائية أو القـضايا أو المطالبات أو الاستدعاء أمام القضاء أو التكاليف أو المصروفات الناجمة عـن الإصابات (عدا تلك التي تنسب إلى المالك أو وكلائه أو موظفيه) التي تلحـق بالأشخاص المستخدمين من قبل المقاول أو من قبل المقاولين من البـاطن فـي العمل طبقاً للقانون العام أو طبقاً لأية تشريعات سارية المفعول وقـت سـريان العقد تتعلق بموضوع المسئولية القانونية لأرباب العمل عن الإصابات التي تلحق بالموظفين.

٨-١-١-١-٢٤ تقديم ضمـــان الإنجـــاز :-

يجب علـى المقاول بعد إخطاره كتابة من قبل المالك بقبـول عطائـه أن يـودع قبـل توقيـع العقد مبلـغاً يعادل النسبة المقررة في العقد من إجمـالي قيمة العقد على شكل كفالة وضمان نهائي لتنفيذ العقد على الوجه الأكمـل وفق متطلبات العقد ، ويعتبر مثل هذا الضمان ملزماً رغم أي تغييرات أو تبـديلات أو تمديـد للـوقت قد يعطى أو يوافق عليه ولا تدفع فائدة عن ذلـك الـضمان ويجب أن يقدم الضمان النهائي لأمر المالك بعد سحبه على أحد البنوك المحليـة المعتمدة في بلد تنفيذ المشروع .

ويعتبر الضمان النهائي بمثابة ضمان مالي لتنفيذ العقد وإنجاز العمل علـى الوجه الأكمل ولتحصيل الجزاءات والغرامات والتعويضات وغيرها من المبالغ التي تستحق من المقاول للمالك إلى أن يتم تنفيذ العقد وصدور الشهادة النهائيـة لجميع الأعمال. ويحق للمالك الخصم من الضمان مباشرة وبدون حاجـة إلـى

إنذار المقاول أو اتخاذ أية إجـراءات قضائية وإذا كـان الضمان بكتاب كفالـة فيحق للمالك في أي وقت أن يطلب من البنك أن يـدفع له فوراً مبلـغ الكفالـة وعلى البنك أن يجيبه دون أن يكون له الحق في طلب بيان وجـه استـحقاقه ورغماً عن أية منازعة يبديها المقاول.

ويتعهد المقاول أن يبقى الضمان النهائي كامـلاً غير منقوص إلى أن يـتم صدور الشهادة النهائية . وإذا قلت قيمته نتيجة لخـصم أي مبلـغ منـه أو إذا أصبحت قيمة الأعمال أكثر مما ورد بالعطاء فعلى المقاول بمجرد تسلمه طلبـاً كتابياً من المالك أن يقوم بتكملة الضمـان إلى مـا يـوازي قيمته الكلية ، وإذا قصر المقاول في تكملة الضمان فإن للمالـك الحـق فـي أن يخـصم التكملـة المطلـوبة مـن استحقاقات المقاول لديه ، فإذا لم يكن له مبالغ مستحقه الصرف وعجز عن تكملة الضمان يكون للمالـك في هذه الحالة الحق في إلغـاء العقـد بإبلاغ المقاول رسمياً بذلك عن طريق كتاب مسجل دون الحاجة إلى إنـذار أو اتخاذ أية إجراءات قضائية مع حفظ حق المالك في الرجوع عليه بالتعويـضات المترتبة على ذلك.

– لا يجوز لدائني المقاول الحجز على مبلغ ضمان الإنجاز .

– إذا قصـر المقاول في تقديم ضمان الإنجاز خلال المهلة المتفق عليهـا كان (للجهة المختصة بالمناقصات) بناء على طلب المالك الحق فـي سـحب قبولها لعطائه وذلك دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية.

التـأمين:

يلتزم المقاول بإجراء تأمين شامل على جميع أعمـال العقـد لـدى إحـدى شركات التأمين الوطنية، هذا ويجب أن تخضع كافـة بـوالص التـأمين التـي يحررها المقاول لموافقة المالك / المهندس.

٨-١-١-١-٢٥ التـأمـين ضـد الغـير(المـسئولية العامـة) وتلـف الممتلكات :-

على المقاول أن يؤمن بأسماء المقاول والمـالـك والمهنـدس وبـصورة مشتركة ضد كل تلف أو إصابة قد تحدث وتنشأ عن تنفيذ العمل قـبل اسـتلام وقبول الأعمال لأي شخص أو الممتلكات (عدا الممتلكات التي تـشكل جـزءا مـن العمل) ومثل هذا التأمين يكون نافذ المفعول طبقاً للشروط التـي يوافـق عليها المالك .

١- تأمين العاملين في الموقـــع :

يلتزم المقاول بأن يؤمن ضد كافة الأضرار التي قد تصيب أي من العاملين في الموقع على أن يشمل ذلك الأشخاص والموظفين التابعين للمقـــاول وكـــذلك الأشخاص والموظفين التابعين للمالك / المهندس في الموقع.

٢- حـــــوادث وإصـــابــــات العمــــل:

لن يكون المالك مسئولاً عن أي ضرر أو تعويض واجــب الــدفع حــسب القانون فيما يختــص بنتائج أي حادث أو إصابة لأي عامل أو شـــخص آخــر يعمل لدى المقاول أو لـــدى أحـــد مقاوليه من البـــاطن إلا تلـــك الحـــوادث أو الإصابات الناتجة عن أي خطأ إرتكبه المالـــك أو وكلائه ممن يقومون بخدمته وسيقوم المقاول بتعويض المالك تجاه مثل هذه الأضرار والتعـــويضات وضـــد كافة المطالبات والإجراءات والتكاليف والمصاريف المتعلقة بهـــذا الخـــصوص مهما كانت .

٣- تأمين العمال ضد الحوادث:

Nsurance Against Accidents to Workmen

قبل المباشرة في تنفيذ الأعمال في الموقع يجب علـــى المقـــاول أن يقـــوم بالتأمين عن مسئوليته تجاه العمال لدى شركة تأمين محلية يتم الموافقة عليها من قبل المالك وعليه أن يستمر في هذا التأمين طوال الأوقات التي يـــستخدم فيهـــا عمالاً يعملون في العمل لديه أو لـــدى أحـــد مقاوليه من الباطن وعليـ [illegible] طلب منه ذلك أن يقدم لممثل المالك أو المهنـــدس بوالص التـــأمين وإيصـ [illegible] ـفـــع أقساطها .

٤-الإجراءات التصحيحية في حالة تقصير المقاول في التأمين:-

" Remedy on Contractor's Failure to Insure "

إذا قصر المقاول في القيام بالتأمين أو الاستمرار في أية تأمينـــات أخـــرى ملزمـــاً بهـــا حسب شروط العقد أصبح من حق المالك دون أي التزام عليه أن يقوم بإبرامها علـــى حســـاب المقاول والاستمرار بمثل هذا التأمين وأن يـــدفع القسط أو الأقساط اللازمة لهـــذا الغرض وتخصم من وقت لآخـــر أيـــة مبـــالغ يدفعها المالـــك في هـــذا السبيل من أية مبالغ مستحقة أو تستحق للمقـــاول أو يستردها كدين مستحق عليه. (فتوى رقم ١٩٦٤ في ١٩٨٧/٧/٢٧ مرجع رقـــم ٨٦/٣٤٦/٢).

حالة عملية :

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٠٣)

الالتزام بتقديم وثائق التأمين

إذا لم يقدم المقاول وثيقة التأمين من المسئولية وفقاً للنطاق المحدد بالعقد فإنه يجوز لجهة الإدارة توقيع غرامة التأخير المنصوص عليها بالعقد كما يحق لها القيام بعمل التأمين المطلوب والتوقيع على الوثيقة باسمها خصماً من حساب المقاول لديها مع إضافة نسبة المصاريف الإدارية.

ولا يحق للمقاول استرداد المبالغ المقتطعة منه إلا بعد خصم قيمة الغرامة المستحقة لتأخره في تقديم وثيقة التأمين المطلوبة، ونفقات عمل الوثيقة المطلوبة بالإضافة إلى المصروفات الإدارية المقررة.

٨-١-١-١-٢٦ الالتزام بدراسة المخططات والرسومات و المستندات التعاقدية:-

دراسة المخططات والوثائق ومراجعتها والتحقق من صحة البيانات الواردة بها وسلامتها تعتبر من المسائل الفنية المنوطة بالمقاول وذلك وفقا للحالة العملية الآتية:

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٠٢).

من حيث إن البين من نصوص العقد أن التزام الشركة المتعاقدة ينصب على القيام بإنشاء وإنجاز وفحص وتسليم وصيانة مشروع مخازن ... في المنطقة التخزينية العاشرة التابعة للمؤسسة وهو ما يشمل جميع العمالة المطلوبة لإنجازه سواء كان ذا طبيعة ثابتة أو مؤقتة وسواء ورد ذكره في العقد أو لم يرد وكذلك تقديم الأيدي العاملة والمواد والمعدات والآلات وذلك مقابل التزام المؤسسة بأن تدفع لها مبلغ إجمالي شامل ٩,٩٠٠,٠٠٠ د.ك فهذا الالتزام لا يقتصر على ما ورد في العقد وإنما يتناول ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعته وهو ما نص عليه صراحة في العقد من أن المبلغ المشار إليه يشمل جميع الأعمال المطلوبة التي تقتضي طبيعة الأشغال القيام بها أو يوجبها التنفيذ السليم لها سواء وردت في الوثائق أو لم ترد وسواء نص عليها في العقد - أو لم ينص وعلى ذلك فإن كل ما يحتاجه إنجاز الأعمال موضوع التعاقد - وبالطريقة المتفق عليها في العقد وطبقاً للشروط الواردة فيه من عمالة وأدوات ومهمات وآلات الحفر ودفان وتسوية وحل وغير ذلك مما يعتبر من مستلزماته

وتمليه أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها تتحمل به الشركة المذكورة وتبعاً لذلك لا يجوز لها الرجوع على المؤسسة بأيه مبالغ أو تعويضات ناشئة عـن ذلـك اكتفاء بالمبلغ المسمى في العقد "أي سعر العقد" وترتيباً على ذلك فـإن مطالبـة الشركة بتعويضها عن الفروقات التي تطلبتها أعمال الدفان لتلافي الفارق بـين الارتفاعات الطبيعية الحقيقية وما هو وارد في مخططات العقد. ولا يغير مـن ذلك القول بأن المخططات المقدمة من قبل المؤسسة إلى المقاولين الذين اشتركوا في المناقصة قد تضمنت بيان المناسيب على وجه خاطئ ولا يطابق الطبيعة إذ أن هذا القول مردود عليه بأن أصل العطاء الذي تقدمت به الشركة فـي هـذه المناقصة قد بنيّ بعد معاينتها للموقع وشكله وطبيعته والأماكن المحيطة به وبعد حصولها على المعلومات الخاصة بالأحوال المائية والطبيعية والمناخية له وبعد دراسة مقادير وطبيعة الأعمال والمواد اللازمة لإكمالها على النحو الذي نصت عليه صراحة المادة (١٦) من العقد كما لا يجوز الاحتجاج في هذا الصدد بمـا نصت عليه المادة (٢) من الجزء الثاني من تعليمات للمناقصين من أنه "إذا ظهر أو نشأ في أي وقت من الأوقات أثناء سير العمل أي خطأ في موضع أو مناسيب أو أبعاد أو استقامة أي قسم من الأعمال فعلى المقاول عند طلب المؤسـسة أو ممثلها أن يقوم على نفقته الخاصة بتصحيح مثل هذا الخطأ ما لم يكن ناشئاً عن بيانات غير صحيحة جهزت من المؤسسة إذ أن الرجـوع بـالتعويض علـى المؤسسة إعمالاً لهذا النص محله أن يكون قد وقع خطأ من المؤسسة أو ممثليها في البيانات التي أعدتها حول موضع أو أبعاد أو استقامة أي قسم من العمال أي الأشغال الواجب إنشاؤها وإكمالها وفحصها وتسليمها وصـيانتها علـى النحـو المنصوص عليه في المادة (٤) من العقد والأمر غير ذلك في الحالة المعروضة إذ أن الخطأ مرده عدم قيام الشركة بدراسة المخططات والوثـائق ومراجعتهـا والتحقق من صحة البيانات الواردة بها وسلامتها باعتبارها من المسائل الفنيـة المنوط بها تقديرها والحكم على صحتها ولا شأن للمؤسسة بهذا.

٨-١-١-٢ عدم التأخر في إنجاز العمل:-

يلتزم المقاول كذلك بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها، فإذا لـم يكـن هناك اتفاق على مدة معينة، فالواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تـسمح بإنجازه نظراً لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة وحسب عرف الحرفـة ومـا يعرفه رب العمل من مقدرة المقاول ووسائله" السنهوري - الوسيط في شـرح القانون المدني ص٩٦ ". و هو ما تتضمنه المادة (٦٦٦ مدني كويتي).

والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة إلتـزام بتحقيق غاية، وليس التزاماً ببذل عناية . والفرق بينهما أوضحه الدكتور إبراهيم سيد أحمد في كتابه " العقود الواردة علي العمل " .

" و كانت لهذه التفرقة أهميتها لمعرفة من عليه عبء الإثبات في حالة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي ، ففي حالة الالتزام بنتيجة فعدم تحققهـا يعنـي تحقـق مسئولية المدين ما لم يثبت هو وجود القوة القاهرة أو السبب الاجنبي الـذي لا يعد هو مسئولاً عنه ، أما في الالتزام ببذل عناية فتتحقق مسئولية المدين طالما كان سلوكه دون المستوى ولم يستعمل الوسائل التي كان عليه إتباعها ، و على سبيل المثال فعقد نقل البضائع يضع على عاتق الناقل إلتزاماً بتحقيق نتيجـة و هي وصول البضاعة سليمة و في الزمان و المكان المحدد بينمـا العقـد بـين الطبيب و المريض فهو التزام ببذل عناية و هي أن يبذل في علاج مريضه كل الوسائل الطبية الممكن و المتعارف عليها علمياً ".

"En ce sens, Andre Plancqueel, obligation de moyen, obligation de resultat, Rev. de.droit civil-1972 p334 et s."

وفي الالتزام ببذل عناية يتصل أداء المدين بالجهد المبذول و لقد عرضـت المادة ٢١١ من القانون المدني المصري لهذا النوع من الالتزامات فـي صـدد عرضها للالتزام بعمل من حيث تحديد مقدار العناية الواجبة من المدين حيـث جعلت في تلك الحالة إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بإلتزامه طالما قد بذل من العناية ما يبذله الـشخص العـادي فمعيـار العنايـة المطلوبة من المدين هو معيار موضوعي مجرد ، و قد يتشدد القانون في مقدار العناية المطلوبة من المدين كما نصت على ذلك المادة ٦٤١ /١ مدني مصري في حالة عقد العارية حيث ألزمت المستعير أن يبذل في المحافظة علـى مالـه دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد. "العقود الواردة على العمـل- إبراهيم سيد أحمد ص٣٩-٤٠".

فلا يكفى، لإعفاء المقاول من المسئولية عن التأخر، أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك حتـى لـو أثبت أن المدة المحددة لم تكن كافية أصلاً لإنجاز العمل ، إذ أنه يكون مخطئـاً لقبول الالتزام بإنجاز العمل في هذه المدة غير الكافية (د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ٤٧ وفقرة ٧٥) بل يجـب عليـه، حتـى تنتفـي

مسئوليته، أن يثبت السبب الأجنبي . فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير، انتفت علاقة السببية ولم تتحقق مسئوليته، ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مسبوقًا بخطأ منه، وإلا كان مسئولاً بقدر هذا الخطأ. "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص٩٦ ".

حالات عملية:

١. **برودة الطقس:** "وقد قضى بأن برودة الطقس في الشتاء لا تعد قوة قاهرة، لأنها أمر متوقع.

٢. **خطأ رب العمل:** كذلك تنتفي مسئولية المقاول عن التأخر في إنجاز العمل، إذا كان هذا التأخر راجعاً لخطأ رب العمل . فإذا تأخر رب العمل في تقديم المادة التي تعهد بتقديمها، وكان هذا التأخر سبباً في تأخر المقاول في إنجاز العمل، لم يكن هذا الأخير مسئولاً (د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة٧٥ ص٩٣).

٣. **تأخر رب العمل:** كذلك إذا تأخر رب العمل عن دفع أقساط الأجرة المستحقة للمقاول في مواعيدها حتى يتمكن المقاول من إنجاز العمل فترتب على هذا التأخير تأخر المقاول في إنجازه العمل و لن يكون المقاول مسئولاً عن تأخر الإنجاز. وإذا طلب رب العمل تعديلات لم يكن متفقًا عليها من قبل، فتسبب ذلك بتأخر المقاول في إنجازه العمل في ميعاده، لم يكن هذا الأخير مسئولاً عن التأخر مادام قد أنجز التعديلات في ميعاد معقول " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص٩٧".

٤. **تأخر المقاول تأخيراً لا يرجى تداركه :** عالج المشرع الكويتي هذا الأمر في المادة ٦٦٨ من القانون المدني والتي تنص على أنه (إذا تأخر المقاول في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه تأخرا لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها أو إذا اتخذ مسلكاً ينم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه أو أتي فعلاً من شأنه أن يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً، جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم) وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري قد اشتمل علي المادة ٨٧٠ مطابقة للنص الكويتي إلا أن هذه المادة ألغيت من التقنين المدني المصري إكتفاءً بالقواعد العامة وجاء بخصوص هذا التصرف في المذكرة الإيضاحية للمشروع ما يلي :

إقتبس المشرع هذا النص عن تقنين الإلتزامات السويسري (م ٣٦٦ فقــرة أولى) والتقنين البولندي (م٤٨٨) والتقنين التونسي (م٨٧٠) والتقنــين اللبنــاني (م٦٦١). وهو يجيز لرب العمل فسخ العقد إذا تأخر المقاول في إنجاز العمــل تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به في المــدة المتفــق عليهــا . والتقنين الألماني (م٦٣٦) يقصر هذا الجزء على حالة عدم إحترام الأجل المتفق عليه ، أما المشروع فهو يجيز الفسخ حتى قبل مرور الأجل إذا تبين أنه لا أمل مطلقًا في إنجاز العمل المتفق عليه . وقد أخذ التقنينان اللاتيني والألماني هــذا المبدأ عن التقنين الأنجلو سكسونى، وخاصة عن التشريع الأمريكــي المــنظم لأحكام العقود الصادر في سنة ١٩٣٣، وهو يسمح بطلب الفسخ مقدماً إذا تأخر المقاول في تنفيذ إلتزامه لدرجة يصبح معها ثابتاً أو محتملاً جداً أنه لن يــتمكن من إتمامه في الميعاد فيكون بذلك قد أخل مقدماً بإلتزامه. وهذا الحكــم يخــالف القواعد العامة، التي لا تجيز طلب الفسخ إلا إذا حصل الإخلال بالالتزام فعلاً ، و قد ورد في التقنين المدني العراقي نص مماثل في المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه (إذا تأخر المقاول في الابتداء بالعمل أو تأخر عن إنجــازه تــأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق عليها، جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم). ونصت المــادة ٦٦١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه (يحق لصاحب الأمر أن يطلــب حل العقد بعد إنذار الصانع: أولاً- إذا تمادى الصانع في تأجيل الابتداء بالعمــل لغير سبب مشروع) . "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المــدني – ص ١٠٧ ."

فقد لا يكون هناك إتفاق على ميعاد معين ولكن المقاول يتأخر في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه بعد البدء فيه بحيث يتبين في جلاء أنه لن يتمكن مــن إنجاز العمل في المدة المعقولة التي تحددها نصوص العقــد أو طبيعــة العمــل وعرف الصناعة وقدرة المقاول. ففي جميع الأحوال يظهر جلياً أن المقــاول – كما تقول المذكرة الإيضاحية فيما قدمناه – " قد أخل مقدماً بالتزامه" . كما تقول إذن لرب العمل ألا ينتظر حلول الأجل المتفق عليه أو الأجل المعقول، ويبــادر منذ أن يتبين إستحالة إنجاز العمل في الميعاد إلى طلب فسخ العقد . وله مصلحة ظاهرة في ذلك . فهو لو انتظر حلول الميعاد، فالعمل لن يكون قد تم، ويتكلــف من المشقة والضرر ما يجعله يطالب المقاول بالتعويض، فالأولى أن يبادر إلى طلب الفسخ فيجنب المقاول التعويض إلا بقدر ما لحقه من الضرر عنــد طلــب الفسخ ويجنب نفسه تأخيراً أكبر فيما لو انتظر حلول الميعاد ، ومن ذلك يتضح

أن طلب الفسخ هو في مصلحة كل من الطرفين، رب العمل والمقاول معاً . وإذا شئنا أن نستند إلى نص، أمكن أن نقرب هذه المسألة من المسألة التي عرضــت لها الفقرة الثانية من المادة ٦٥٠ مدنى مصري حين تقول: " على أنـــه يجــوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجة إلى تعيين أجل، إذا كان إصلاح ما فـــي طريقه التنفيذ من عيب مستحيلاً ". ففي الحالتين إرتكب المقاول خطأ لا يمكــن تداركه، فهو إما أن يكون قد نفذ العمل تنفيذاً معيباً لا يمكن تداركـــه، وإمـــا أن يكون قد تأخر في البدء به أو تأخر في إنجازه بحيث لا يمكن إنجازه في الميعاد فيكون التنفيذ هنا أيضاً مشوباً بعيب لا يمكن تداركه ، وقــد رأينـــا أن المـــادة ٢/٦٥٠ من القانون المدني المصري تقضي بأنه في إحدى الحالتين يجوز لرب العمل أن يطلب الفسخ فوراً ، فتقاس على هذه الحالة الحالة الأخرى . "

من كل ذلك نلخص الجزاء الذي يترتب على تأخير المقاول تأخراً لا يرجي تداركه في الآتي :

١. **فسخ العقد:** طبقاً لنص المادة ٦٦٨ مدني كويتي والمادة ٢/٦٥٠ مدني مصري يجوز لرب العمل أن يطلب فسخ عقد المقاولة دون انتظار لحلول أجل التسليم .

٢. **تعويض الضرر:** يجوز لرب العمل طلب التعويض بقدر الضرر الـــذي لحقه عند طلب الفسخ طبقاً للنص المصري يجوز لرب العمـــل أن يعهــد إلـــى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقه المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩ مدني مصري والتي تطلب في فقرتها الأولى الترخيص من القضاء في تنفيذ الالتـــزام على نفقة المقاول إن كان هذا التنفيذ ممكناً ، وفى الفقرة الثانية من هذه المـــادة أجازت التنفيذ على نفقه المقاول دون الحصول على ترخيص القضاء وذلك في حالة الاستعجال ".

٨-١-١-٣ جزاء الإخلال بالالتزام بإنجاز العمل:-

تعريف: الاخلال بالالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجـــة دون حاجة لإثبات خطأ ما .

" و في مجال الالتزام بتحقيق نتيجة يتصل هـــذا الالتـــزام بمـــضمون أداء المدين حيث يلتزم بتحقيق غاية و هدف معين مثل اتفاق المشتري مع البائع على الحصول على الشيء المبيع و اتفاق الأخير مع الأول علـــى الحـــصول علـــى الثمن ، و هذا الالتزام يكون فيه المدين ملتزما بمهمة محددة للقيام بهـــا و كمـــا

يسميها الأستاذ الفرنسي " مازو " أنه التزام محدد كالالتزام بنقل ملكية مـــال و استرداد شيء معار ، فالالتزام بتحقيق نتيجة له محتوى و مضمون واضح هـــو النتيجة المرجوة.

و للتفرقة بين الالتزام ببذل عناية و بتحقيق نتيجة أهمية كبيرة فعلى أساسها يمكن القول عما إذا كان المدين قد نفذ التزامه أم لا ومن هنا تبرز أهمية الدور القضائي في تحديد مضمون الالتزام و يرجع القاضـــي فـــي ذلـــك إلـــى إرادة المتعاقدين فالعبرة هنا ليس طبيعة الغاية المقصودة في ذاتها و إنما طبيعتها في نظر المتعاقدين. "العقود الواردة على العمل- إبراهيم سيد أحمد ص٤٦-٤٨"

وإذا أخل المقاول بالتزامه بإنجاز العمل يكون لرب العمل في هذه الحالـــة، تطبيقًا للقواعد العامة:

١ - أن يطلب التنفيذ العيني.

٢- أن يطلب الفسخ.

٣- التعويض في الحالتين إن كان له مقتض.

١. التنفيذ العيني: كما تقضي القواعد العامة فيطلـــب رب العمـــل التنفيـــذ العيني، بشرط أن يكون ذلك لا يزال ممكناً فإذا كان العمل المطلوب إنجازه ليس لشخصية المقاول فيه اعتبار، ، وأصر المقاول على الإمتناع عن التنفيـــذ جـــاز لرب العمل أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا التنفيذ ممكناً ويجوز في حالة الاســـتعجال كما في حالة ترميم منزل آيل للسقوط أن ينفذ رب العمل على نفقة المقاول دون ترخيص من القضاء " م ٢٨٥ كويتي " كما يجوز ذلك إذا اتفق الطرفان على أنه في حالة تأخر المقاول يكون لرب العمل سحب العملية منه وإتمامهـــا بواســـطة غيره.

حالة عملية:

إذا قضي برفض الدعوى التي أقامها المقاول-الطاعن- بطلب تعويض عن استعمال المطعون عليه أدواته وآلاته بعد سحب العملية منه ، قد أقام قـــضاءه ، على أن المطعون عليه إنما اضطر إلى سحب العملية منه بعد أن تأخر في تنفيذ ما التزم به رغم إنذاره أكثر من مرة بوجوب إنجاز العمل في الميعـــاد المتفـــق عليه ورغم إمهاله في ذلك مراراً ، وأنه بعد أن سحب المطعون عليه العمليـــة منه والتمس الطاعن الترخيص له في إتمام العمل في فترة حددها قبل المطعون

عليه إلتماسه على ألا يعد هذا القبول تنازلاً منه عن قرار السحب السابق ، وأن الطاعن إستأنف العمل على هذا الأساس دون اعتراض من جانبه. وكان العقد المبرم بين الطرفين قد نص على أنه في حالة سحب العمل يكون للمطعون عليه الحق في حجز كل أو بعض الآلات والأدوات التي استحضرها الطاعن واستعملها في إتمام العمل دون أن يكون مسئولاً عن دفع أي أجر عنها، فإن النعي على الحكم مخالفة القانون و العقد والقصور في التسبيب يكون على غير أساس. (نقض مدني ١٥إبريل سنة ١٩٥١مجموعة أحكام النقض ٢رقم ١٠٧ص٦٤٢) "السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ص٩٩-١٠٠".

٢. فسخ عقد المقاولة: وقد يختار رب العمل فسخ المقاولة، إذا كان الإخلال بالالتزام جسيماً بحيث يبرر الفسخ (نقض مدني ٢٢ إبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨) وللقاضي، طبقاً للقواعد العامة، أن يجيب رب العمل إلى الفسخ، كما أن له أن يمهل المقاول حتى يقوم بتنفيذ إلتزامه، كما أن للمقاول أن يعرض قبل النطق بالفسخ أن ينفذ إلتزامه فلا يحكم القاضي بالفسخ ولكنه يقضي بالتعويض إن كان له محل، وقد يشترط رب العمل أن له الحق في فسخ العقد إذا رأى أن المقاول متأخر في إنجازه ففي هذه الحالة يكون تقدير التأخير في إنجاز العمل موكولاً إلى رب العمل إلا إذا تعسف في هذا التقدير وعلى المقاول يقع عبء إثبات هذا التعسف (إستئناف مختلط مصري ١٩٣١/٦/١٧ م ٤٣ص٤٥١).

٣. التعويض: سواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ، كان له أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المقاول بتنفيذ التزامه، وذلك طبقاً للقواعد العامة ، وقد قضى بأنه إذا تأخر المهندس في إعداد الرسومات اللازمة لعمل معين، وترتب على هذا التأخر أن حرم رب العمل من جائزة كان يحصل عليها لو أن المهندس وفى بالتزامه ، كان هذا التأخير مسئولاً عن هذا الضرر (د. محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاولة - فقرة ٧٥ص٩٣ هامش) وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه، فتسري أحكامه - وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان العقد المبرم بين الطرفين قد أوجب في بند منه على المقاول - الطاعن - أن ينهى جميع العمل المنوه في العقد في الوقت المتفق عليه ، وإلا كان للمطعون عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص عليها في ذلك البند ، وأن هذه الغرامات توقع بمجرد حصول التأخير. وكان

الطاعن قد تأخر في إنهاء العمل في الميعاد المتفق عليه أولاً في العقد ، ثم تباطأ في إنجازه رغم إمهاله في إتمامه أكثر من مرة، مما اضطر المطعون عليه إلى سحب العملية منه ، ثم قبل الطاعن الاستمرار في العمل على حسابه بعد قرار السحب المذكور ، فإن المطعون عليه يكون على حق في احتساب غرامة التأخير عليه (نقض مدنى٥إبريل سنة١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٧ص٦٤٢.).

" و يرى جانب من الفقه المصري أنه يمكن اللجوء إلى طريق التهديد المالي إذا ما تكرر الإخلال بالالتزام بامتناع عن عمل أو كان هذا الإخلال مستمراً و ذلك إلى أن يزيله المدين بنفسه" " د. إبراهيم سيد أحمد – العقود الواردة على العمل – ص٣٦ ".

حالات عملية:

١. تخفيض الشرط الجزائي بما تحقق من الضرر: إذا عمد رب العمل إلى تكليف مقاول آخر بإنجاز العمل بترخيص من القضاء ، فإن الضرر الذي يكون قد أصابه من تأخر المقاول الأول قد خف إلى درجة تبرر تخفيض الشرط الجزائي (إستئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص ١٠٠) ويجوز تخفيضه إلى مقدار ما تحقق من الضرر، كما يجوز الإعفاء منه إذا لم يقع ضرر أصلاً " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ٧٥ ص٩٤ ".

٢. التهديد بالشرط الجزائي: قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الشرط الجزائي يحوى مبلغاً عظيم لا يتناسب مع قيمة المقاولة ، فإن المقصود منه أن يكون تهديدياً لا جزائياً ، ليكون حافزاً للمقاول على أداء العمل المطلوب منه في موعده (إستئناف مصر ٩يونيه سنة ١٩٤٠ " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٠٠ :١٠١).

٣. حق رب العمل في الامتناع عن الدفع في حالة إخلال المقاول بالتزاماته التعاقدية : من الثابت أن تمويل المشروع رئيسي فيما يتعلق بضمان سير العمل حيث أن هذا التمويل يقوم به رب العمل في انتظام الدفع والدفع للمقاول في الميعاد والقدر المكافئ للعمل أساسي لضمان إستمرارية العمل إلا أن هذا لا يعطي المقاول الحق في الحصول على الدفع بغض النظر عن مستوى أدائه فإن معظم العقود تنص على أنه في حالة إخلال المقاول بالتزاماته فإن لرب العمل أن يحجز الدفع بما يتناسب مع العيوب الموجودة وأحياناً يتم حجز جزء يسمى

محجوز ضمان لضمان أن في حالة حدوث عيوب يكون تحت يد رب العمل مبالغ مالية تمكنه من إتمام الإصلاح.

٤. حجز الأموال للتعويض في حالة الضرر: وفي الحالة العملية التالية عندما كان ينص العقد على ما يلي: أنه من حق المقاول / رب العمل أن يحجز الأموال اللازمة لتلافي حدوث ضرر له وكذلك يحبس ١٥% من قيمة الدفعة كمحبوس ضمان. وعند الاستلام وجد المهندس الاستشاري المعين من قبل المالك بأن هناك عيوب لم يقم المقاول بإصلاحها مما دفعه إلى الامتناع عن الدفعة نظراً لقناعته أن الأعمال المعيبة تفوق في قيمتها قيمة المستحق له ولجأ المقاول إلى القضاء إلا أن القضاء أيد موقف رب العمل حيث أن إمتناع المهندس عن إصدار الدفع يعد مقبول ومعقول وأنه من حق رب العمل الامتناع عن الدفع.

The court held that the architect's refusal to issue certificates for progress payments was reasonable and within the rights of the architect and owner.

"Montgomery v. Karavas, 45 N.M. 287, 114 P.2d 776 (1941)."

٨-١-١-٤ سلطة رب العمل في تنبيه المقاول إلى مخالفته لشروط العقد:-

كما ذكر سابقاً في الأصل أن المقاول يقوم بالأعمال مستقلاً عن المالك ويتحمل المسئولية نتيجة هذه الأعمال إلا إذا خضع لتوجيه أو إشراف من رب العمل ، فللمالك حق المراقبة والتدخل إذا لزم الأمر عند مخالفة المقاول لشروط العقد أو أصول الصنعة وإلتزام المقاول هنا يكون التزام بنتيجة كما ذكر سابقاً.

وقد يرى المالك أن يكون له سلطة التوجيه أو الإشراف على بعض الأعمال أو كلها ويضع لنفسه هذا الحق في العقد المبرم مع المقاول. أما إذا كان المالك قد اخضع المقاول لإشرافه أو توجيهه في بعض الأعمال فإن صفة المقاول في هذه الحالة لا يعد مقاولا بالتعريف القانوني ويتحول إلى عامل إذ أن على المالك مسئوليته وفقاً لهذا الوضع. لذا يتحول الإلتزام إلي إلتزام ببذل بعناية ويتعامل على هذا الأساس كما تم ذكره سابقاً والقوانين المدنية تعطي للمالك حق المراقبة.

حيث تنص المادة ٦٥٠ من التقنين المدني المصري على أنه (١- إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد ، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له ، فإذا

انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة ، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول أخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة ٢٠٩ . ٢- على أنه يجوز طلب فسخ العقد في الحال دون حاجه إلى تعين أجل إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً.)

ويقابله في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦١٦ وفى التقنين المدني الليبي المادة ٦٤٩ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٨٦٩ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٦٦٤/١ و ٦٥٥ وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٦٦٧ وفي التقنين المدني الأردني المادة ٧٨٥.

" و على هذا النحو لرب العمل حق مراقبة المقاول أثناء تنفيذ العمل المعهود به إليه وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد ، و إذا ما كان الإصلاح ممكنا فهنا يكون لرب العمل أن يبدأ بإنذار المقاول بأن يقوم بإصلاح طريقة التنفيذ و في حالة إمتناع المقاول عن الإصلاح أو استمراره في التنفيذ المعيب فهنا يكون لرب العمل إما أن يطلب الفسخ أو التنفيذ العيني أو يطلب من القضاء التصريح له بإصلاح العيب بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول ، و في حالة تأخر المقاول في أداء العمل المنوط به بحيث تصبح المدة الباقية غير كافية فهنا يحق لرب العمل طلب الفسخ مع التعويض." "العقود الواردة على العمل- إبراهيم سيد أحمد ص٤٩-٥٠ ".

ويخلص من هذا النص أن رب العمل، وإن لم يكن له حق الإشراف والتوجيه على المقاول إذ المقاول يعمل مستقلاً عن رب العمل وهذا هو الذي يميز المقاولة عن عقد العمل كما قدمنا، إلا أن رب العمل من حقه أن يتعهد العمل وهو في يد المقاول ليراقب ما إذا كان يجرى طبقًا للشروط والمواصفات المتفق عليها وأن المقاول ينفذ العمل طبقاً لأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة (رب العمل إذن ليس ملزماً بالتربص حتى ينتهي العمل ويقدمه له المقاول، ليرى ما إذا كان هذا الأخير قد راعى الشروط والمواصفات وأصول الصناعة في عمله فيقبل العمل، أو لم يراعها فيرفضه، بل الأفضل أن يمكن رب العمل من مراقبة ذلك منذ البداية حتى يوفر على نفسه وعلى المقاول ذاته الوقت والجهد والمشقة إذا ما تم العمل معيباً أو منافياً لشروط العقد، ثم يرفضه بعد أن يكون قد تم. وهذا ضرب من الوقاية خير من رفض العمل بعد تمامه كعلاج لما

فيه من نقص أو عيب " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٠٤ ".

إذا لاحظ رب العمل أن مقاول البناء، وهو يقيم البناء، قد أخل ببعض الشروط والمواصفات المتفق عليها حق له التدخل لمنع المقاول من المضي في عمله المعيب أو المنافي لشروط العقد ، وهنا يجب التمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً :

وفى هذا الفرض يكون لرب العمل الحق منذ البداية أن يطلب فسخ العقد لمخالفة المقاول للشروط ، ولا حاجة به للتربص إلى أن يتم البناء معيباً ثم يطلب الفسخ بعد ذلك ، وللقاضي حق التقدير، فإذا رأى أن رب العمل على حق فيما يدعيه حكم بالفسخ وبالتعويض، أما إذا رأى أن العيب يمكن تداركه فإنه يقضى على المقاول بإصلاح العيب على نفقته" السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٠٥".

(الفرض الثاني) أن يكون إصلاح ما في طريقه التنفيذ من عيب ممكناً: وفي هذا الفرض ليس لرب العمل أن يبادر إلى طلب الفسخ، مادام العيب ممكناً إصلاحه . وقد يكون المقاول غافلاً عن العيب، فيجب تنبيهه حتى لا يمضي في عمل معيب – فإذا أهمل رب العمل في تنبيه المقاول إلى ما في العمل من عيوب، أو تعمد أن يسكت إلى أن يتم العمل معيباً، فإنه يكون قد أخل بواجبه في التعاون مع المقاول في تنفيذ المقاولة، كما تقضي القواعد العامة في تنفيذ العقود، ومن ثم لا يستحق تعويضاً عن الضرر الذي كان يمكن أن يجتنبه لو أنه أخطر المقاول بما في عمله من عيب في الوقت المناسب (د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ٧٣) (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص"١٠٥).

يحدد رب العمل للمقاول أجلاً معقولاً يصلح فيه العيب ، فإذا انصاع المقاول لتنبيه رب العمل، وأصلح العيب في الأجل المحدد، فإن له أن يمضى في العمل على الوجه الصحيح، ولا سبيل عليه لرب العمل . أما إذا نازع المقاول فيما تقدم به رب العمل وادعى أن العمل غير معيب أو سلم بالعيب ولكنه لم يصلحه في الأجل المحدد، فإن لرب العمل في الحالتين أن يرفع الأمر إلى القضاء دون أن ينتظر إنجاز العمل على وجه معيب أو مناف للعقد، أو دون أن ينتظر إنتهاء الموعد المحدد لإنجاز العمل ، ويطلب رب العمل إما الفسخ أو

التنفيذ العيني، طبقاً للقواعد العامة ، فإن طلب الفسخ، كان للقاضي أن يقدر ما إذا كان هناك محل لإجابة هذا الطلب فيقضي بالفسخ وبالتعويض إن كان له محل على النحو الذي بسطناه فيما تقدم، أو أنه لا محل لفسخ العقد فيقضي على المقاول، إذا رأى أن عمله معيب، بإصلاح العيب على نفقته وبالتعويض إن كان له محل . وإن طلب رب العمل التنفيذ العيني، ورأى القاضي أنه محق في إدعائه بأن العمل معيب، قضى على المقاول بإصلاح العيب. ولرب العمل في هذه الحالة أن يطلب من القضاء ترخيصاً لإصلاح العيب أو لإنجاز العمل كله على الوجه الصحيح، بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأول إذا كان هذا ممكناً، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة ٢٠٩ مدنى مصري و التي تنص على أنه (١- في الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً .٢- و يجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين ، دون ترخيص من القضاء .) ولرب العمل أن يطلب فوق ذلك الحكم على المقاول بالتعويض إن كان له محل ، وقد يكون العمل مستعجلاً لا يحتمل الإبطاء المترتب على رفع الأمر إلى القضاء، كما إذا كان الأمر متعلقاً بترميم منزل آيل للسقوط، ففي هذه الحالة أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٩ مدني مصري لرب العمل أن يلجأ إلى مقاول آخر يقوم بالعمل على الوجه الصحيح على نفقة المقاول الأول، وذلك دون ترخيص من القضاء، وللقاضي بعد ذلك أن يبت فيما إذا كان رب العمل على حق فيما فعل " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٠٦-١٠٧".

أمثلة عملية:

١- محل العقد أو مضمون العقد:

تتعلق هذه الحالة بمقاول تعهد لرب عمل بتركيب نظام تكييف للمبنى محل التعاقد وقد عاين المقاول محل العمل الذي كان موجود فيه حوالي ألفين قطعة من معلقات للإضاءة وعندما بدء العمل كان على المقاول أن يزيل هذه المعلقات حتى يتمكن من القيام بالأعمال اللازمة لتركيب التكييف وطالب المقاول بكلفة إضافية نظير هذه الأعمال إلا أن رب العمل أصر على أن هذا هو ضمن العقد وأن هذه الأعمال مشمولة بالعقد حيث أنه قد عاين محل العمل وكان على دراية بوجود هذه المعلقات وأنه كمقاول من أهل الصنعة يعلم بضرورة إزالتها حتى يتمكن من تركيب أجهزة التكييف وأعمال الدكت(Duct Work) المتعلقة به وقد

لجأ المقاول إلى القضاء إلا أن القضاء وافق على موقف رب العمل بعدم أحقية المقاول في أي تعويض عن هذه الأعمال حسب النص التالي.

The court concluded that the contractor had a duty to carry out a reasonable site inspection which would have clearly indicated that the light fixtures would have to be removed. Since this was required to do the work, it was by implication an indispensable part of the contractor's obligation. Therefore the contractor was not allowed to recover any additional compensation for the removal, rehanging, and rewiring of the fixtures.

"Ambrose-Augusterfer Corp. v. United States, 394 F.2d 536 (Ct. Cl. 1968).

٢- مسئولية المقاول عن تنفيذ الأعمال وفقاً لمستندات العقد وأصول الصنعة :

تتعلق هذه الحالة بأعمال الطلاء حيث أنه لم يتم توصيف أي طريقة للقيام بهذه الأعمال وتُرك الأمر للمقاول إلا أن أصول الصنعة تقضي باستعمال طبقة من الطلاء الزيتي كقاعدة للطلاء الأكرليك على الأسطح الخشبية إلا أن المقاول قد حدد بأن هذه الطريقة ليست موثقة ضمن مستندات العقد وأنه تسبب بإتباع أسلوب أرخص باستعمال الدهان على طبقة طلاء أساسي بسيط مبدئي لكي يوفر في الكلفة وبعد فترة بدء الطلاء في التشقق ومما دفع رب العمل لمقاضاته وطالبه بإعادة الطلاء وأيد قاضي المحكمة موقف رب العمل حيث أن استعمال طبقة طلاء زيتية أولاً قبل طلاء الأكرليك النهائي هي من أصول الصنعة فحتى إن لم تكن مذكورة في المواصفات فإنه من مستلزمات العقد وعلى المقاول أن يلتزم بأصول الصنعة.

When the paint peeled from the buildings, it was held that Ahern was responsible for the expense of repainting the buildings. Their inexperience cost them more than 10 percent of the contract price.

Appeal of Ahern Painting Contractors, Inc., 68-1 BCA 6949 (1968).

٨-١-٢ تسليم العمل:-

يعد استلام الأعمال والدفع للمقاول الدفعة النهائية بمثابة قبــول للأعمــال وتنتفي مسئولية المقاول عن العيوب الظاهرة وهذا ما ينص عليه القانون المدني في مادته رقم ٦٧٥ مدني كويتي ... وتذهب معظم العقود الأنجلو سكسونية إلى نفس المنهج حيث أنه مع استلام الأعمال والدفع واستلام المقاول الدفعة النهائية فإن هذا يعد بمثابة رفع المسئولية عن المقاول عن العيوب الظــاهرة وتحتــوي معظم العقود على النص التالي:

(إلا أنه إذا اكتشف رب العمل عيوب بعد القبول فإنه يحق له الرجوع على المقاول وفي معظم العقود الأجنبية تكون هناك فترة زمنية يتفق عليهــا بحيــث يمكن لرب العمل الرجوع على المقاول في خلال هذه الفترة وهي فــي العــادة عام).

" و يتواتر قضاء محكمة النقض على أن إقرار رب العمل في عقد الــصلح بتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس و المقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم و لو كان نهائياً لا يغطي إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم." "العقود الواردة على العمل- إبراهيم سيد أحمد ص٣٥"

حالة عملية:

إغلاق العقود واستلام الأعمال رغم وجود بعض العيوب فيها:

تتعلق هذه الحالة برب عمل رفض دفع قيمة الأعمال نظراً لأنها معيبة وهي تتعلق بوجود تشرخات في بلاطة الجراج الخرسانية ولجأ المقاول إلى المحكمة، المحكمة قد حكمت له بالحصول على قيمة الأعمال مع خصم المبالغ اللازمــة للإصلاح بالعمل.

…the court stated "a building is complete and the builder may recover the contract price, less sums necessary to correct defects, when the builder's performance is substantially in compliance with the contract."

Bullock Co. v. Allen, 493 S.W.2d 5 (Mo. App. 1973).

وكان النص كما يلي: وهو ما يتفق مع القانون المدني مادة رقم (٦٧٣مدني كويتي ..) التي تنص على ما يلي:

(١- يجوز لرب العمل أن يمتنع عن التسلم إذا بلغ ما في العمل من عيب أو مخالفة للشروط المتفق عليها حداً يجعله غير واف بالغرض المقصود وذلك مع مراعاة ما تنص عليه المادة ٦٩١ . ٢- فإذا لم يبلغ العيب أو المخالفة هذا الحد من الجسامة، فإنه لا يكون لرب العمل إلا أن يطلب إنقاص المقابل بما يتناسب مع أهمية العيب، أو إلزام المقاول بالإصلاح في أجل معقول يحدده، إذا كان الإصلاح ممكناً ولا يتكلف نفقات باهظة. ٣- وفي جميع الأحوال يجوز للمقاول أن يقوم بالإصلاح في مدة معقولة، إذا كان هذا ممكناً ولا يسبب لرب العمل أضرار ذات قيمة).

٨-١-٢-١ فسخ العقد لعدم التسليم:-

لرب العمل إذا فضل أن يتحلل من التزاماته الناشئة عن المقاولة ، أن يطلب فسخها لإخلال المقاول بالتزامه بالتسليم ، غير أن القضاء ليس ملزماً بإجابة طلب الفسخ ولو تحقق من عدم وفاء المقاول بالتزامه كاملاً فله أن يرفض الفسخ بصفة خاصة إذا كان ما لم يسلمه المقاول قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته ، أو إذا كان التأخير في التسليم طفيفاً ولم يلحق برب العمل ضرراً كبيراً ، وللقاضي أن يمنح المقاول أجلاً للتسليم إذا اقتضت الظروف ذلك (م ١٥٧ / ٢ مدني مصري ، والمادة ٢٠٩م كويتي) ، وذلك ما لم يكن قد نص في العقد على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المقاول بالتزامه بالتسليم في الموعد المحدد لذلك " محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة٨٦ ".

٨-١-٣ الضمان:-

وضع القانون أحكاماً خاصة في ضمان المهندس المعماري والمقاول للمنشآت الثابتة التي يقومان بتشييدها، لما لذلك من أهمية خاصة ، فنستعرض أولاً أحكام الضمان بوجه عام، ثم نستعرض الأحكام الخاصة بضمان المهندس والمقاول .

٨-١-٣-١ الضمان بوجه عام:-

ضمان الإنجاز: -

على المقاول أن يتقيد بضمان الإنجاز وبالضمانات الأخرى المنصوص عليها في " المواصفات الفنية " و " لوائح البيانات الفنية " و " الشروط العامة والخاصة " وفي أي من الأجزاء الأخرى من مستندات العقد .

ضمان المواد و المصنعية:

على المقاول أن يضمن أن المواد المكونة للعمل جديدة ومن أحسن الأنواع وملائمة للخدمة المطلوبة وأن جميع أجزاء العمل خالية من أية عيوب بالنسبة للمصنعية ، وأن جميع المعدات ومكوناتها المختلفة تعمل بنجاح وبكامل طاقتها حتى تصل إلى الحد الأقصى المحدد للأحمال دون ضجيج أو سخونة أو إجهاد أو تلف أو اهتزاز لأي جزء منها ، وأن تصميم الأجزاء يشمل قدراً وافراً من عوامل السلامة.

فترة الضمان والصيانة :

أ- فترة الضمان والصيانة لجميع الأجهزة والمواد والمصنعية تقدر بوجه عام (١٢ شهراً شمسياً) أو (كما يتم الاتفاق عليها بالعقد) تبدأ من تاريخ إصدار شهادة استلام الأعمال ، وفي حالة صدور عدة شهادات لمختلف الأجهزة والوحدات فيجري إحتساب مدة الضمان اعتباراً من التواريخ المحددة في هذه الشهادات لكل جزء.

ب- على المقاول خلال فترة الضمان والصيانة أن يصلح بالسرعة الممكنة أية عيوب تظهر في التصميم أو المواد أو المصنعية أو أية عيوب ناجمة عن إهماله دون أن يتحمل المالك أية نفقات إضافية . وإذا فشل المقاول في إصلاح العيوب خلال فترة معقولة من تسلمه الإشعار الخطي من المالك أو المهندس حول ذلك ، فيمكن للمالك أن يكلف آخرين بهذه الإصلاحات على حساب المقاول دون المساس بأي من حقوق المالك تجاه المقاول بالنسبة لفشله في إصلاح مثل هذه العيوب . وإذا أدى إصلاح هذه العيوب إلى تبديل في عمل المقاولين الآخرين الذين يعملون ضمن إطار هذا المشروع ، فإن هذا التبديل يجري على نفقة المقاول المسئول عن تنفيذ هذه الإصلاحات.

ج- إذا جرى تبديل أو تجديد لأي جزء من الأعمال فإن شروط هذه المادة تنطبق على هذا الجزء الذي استبدل أو جدد كما لو كان ذلك الجزء قد جرى

قبولــه مــن قبــل المالــك / المهندس يوم التبديل أو التجديد . يحق للمقــاول وإلى حين صدور شهادة القبول النهائي أن يتفقد على مسئوليته وحسابه الخاص خلال ساعات العمل جميع أجزاء العمل لغرض التفتيش عليها وفحــص أدائهــا لوظائفها ويحق له كذلك الإطلاع على سجلات تشغيلها وأدائها ودراستها وتدوين ملاحظاته الخاصة.

د- ويمكن للمقاول بعد الحصول على موافقة المالــك أن يقــوم علــى مسئــوليته وحسابه الخاص بإجراء الفحوص التي يراها ضرورية لتحسين أداء الأعمال . أما إذا كانت التبديلات أو التجديدات من ذلك النوع الذي قد يؤثر على فاعلية ومقدرة الأعمــال أو أي جــزء منها فيمكن للمالك أن يقدم للمقاول مهلة محددة ومعقولة لإجراء هذه التبديــلات والتجديدات بواسطة إشعار خطي يطلب فيه إعادة الفحص في الموقع ، وتجرى مثل هذه الفحــوص طبــقاً لمــا هــو مقرر في العقد وعلى نفقة المقاول.

هـ - يتحمل المقاول قبل انتهاء فترة الضمان إذا ما طلب منــه المالــك مسئولية تفكيك أي جزء من المعدات والأجهزة التي يعنيها له المالك وبالتالي فإن هذه العملية لن تؤثر على فترة الضمان والصيانة المنصوص عليها فــي هــذه المادة وتعتبر هذه الأعمال مشمولة في سعر العقد ويجب على المناقص تعبئــة سعرها في جداول أسعار العقد .

ويقابل نص هذه المادة في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المــدني السوري المادة ٦١٤ وفى التقنين المدني الليبي المادة ٦٤٧ وفي التقنين المــدني العراقي المادة ٨٦٦و في التقنين المدني الكويتي المادة ١/٦٦٣ وفي التقنــين المدني الأردني المادة ٧٨٣.

٨-١-٣-٢ مسئولية المقاول عن المواد المستخدمة:-

٨-١-٣-٢-١ مسئولية المقاول عن المادة التي يقوم بتقديمها:-

قدمنا أن المادة ٦٤٨ مدني مصري تنص على أنه (إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها ، كان مسئولاً عن جودتها وعليــه ضــمانها لــرب العمل.) وقررنا أن المقاول في هذه الحالة يكون بائعاً للمادة ، فيضمن ما فيهــا من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية . ويكون المقاول ملزماً بالضمان إذا لــم تتوافر في المادة الصفات التي كفل له رب العمل وجودها فيه، أو كان بالمــادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقــصودة منهــا . وتــسقط

بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمــل، ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول" السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٢٣ ".

٨-١-٣-٢-٢ مسئولية المقاول عن المادة التي يقدمها رب العمل:-

أما إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فبديهي أن المقــاول لا يكــون ضامناً لعيوبها ضمان البائع للعيوب الخفية، لأنه لم يبيعها لرب العمل بــل رب العمل هو الذي قدمها وهو المالك لها منذ البداية. "السنهوري – الوســيط فــي شرح القانون المدني – ص١٢٤".

إن كون المادة المعيبة المقدمة من رب العمل هي السبب في العيــب الــذي لحق البناء قد يكون عاملاً في تخفيف مسئولية المهندس أو المقــاول أي تؤخــذ بالحسبان عند تقدير قيمة التعويض ، أي يخفض القاضي التعويض بمقدار الخطأ المنسوب لرب العمل . إلا أن ذلك لا يعفي المهندس أو المقاول من المسئولية ، حيث يلتزم المقاول (والمهندس كمشرف على التنفيذ) بالتأكد من سلامة المــادة وصلاحيتها قبل استعمالها والكشف عن العيوب التي بها طبقاً للمستوى الفنــي المطلوب من رجل مثله ، وتنبيه رب العمل إلى ذلك ، فإذا أصر هــذا الأخيــر على استعمال المواد المعيبة كان للمهندس أو المقاول الحق في الامتنــاع عــن التنفيذ ، ونرى أنه يمكن الاحتكام إلى الخبراء في هذه الحالة لتبين مدى صلاحية المواد ومدى الحاجة إلى تغيرها . ونرى أن خير وسيلة لدفع المسئولية في هذه الحالة هي الحصول على إقرار كتابي من المالك بإصراره على استعمال تلــك المواد. (د. محمد حسين منصور – المسئولية المعمارية – ص ٥٨).

٨-١-٣-٣ ضمان المقاول للعيب في الصنعة:-

لاشك في أن المقاول يكون مسئولاً عن جودة العمل، مسئولاً عن كل عيب في الصنعة تقضي أصول الحرفة بأن يكون مسئولاً عنه . فإذا وقع عيب مــن ذلك، وكشفه رب العمل قبل أن يتسلم الشيء أو قبل أن يتقبل العمــل، فلــه أن يطلب التنفيذ العيني أي إصلاح العيب أو أن يطلب الفسخ، أمــا إذا تــسلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل قبل أن يكشف العيب، ثم كشفه بعد ذلك ، فإلى أيــة مدة يبقى المقاول ملزماً بالضمان؟ لا يوجد نص في هذه المسألة علــى مثــال النص الوارد في ضمان المهندس المعماري و المقاول للمنشآت التــي يقومــان

بتشييدها ، وهذه القواعد تقضي بوجوب التمييز بين فروض ثلاثة: "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٢٤ ".

(الفرض الأول) أن يكون العيب في الصنعة واضحاً يمكن للشخص العادي أن يكشفه إذا عاينه. وفى هذا الفرض إذا تسلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل دون أن يعترض، فالمفروض أنه قبل العمل معيباً ونزل عن حقه في الرجوع على المقاول من أجل هذا العيب، مادام المفروض أنه عاين العيب وعلم به دون أن يعترض عليه، أو علي الأقل أنه كان يمكن أن يكشفه لو أنه بذل عناية الرجل العادي في كشفه. ومن ثم ينقضي ضمان المقاول للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو تقبله العمل " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٢٥".

(الفرض الثاني) أن يكون المقاول قد أخفى غشاً العيب في الصنعة، فلم يستطيع رب العمل أن يكشفه وقت تسلم الشيء أو تقبل العمل ، وفي هذا الفرض يكون المقاول مسئولاً عن غشه، وبمجرد أن يكشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان، أي بإصلاح العيب مع التعويض أو بالفسخ مع التعويض، خلال ثلاث سنوات من كشف العيب، لأن المقاول يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية ودعوى المسئولية تسقط بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بوقوع الضرر وتسقط في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع أي من يوم إخفاء العيب غشاً . (م١٧٢ مدني مصري ، والمادة ٢٥٣ مدني كويتي)"السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٢٦".

(الفرض الثالث) أن يكون العيب ليس من الوضوح بحيث يمكن كشفه وقت التسلم أو تقبل العمل، ولم يخفه المقاول غشاً عن رب العمل:ففي هذا الفرض يبقى المقاول ضامناً للعيب المدة القصيرة التي يقضى بها عرف الحرفة، لأن العرف في عقد المقاولة مكمل لنصوص القانون ويجوز أن يصل إلى حد تقرير مدة تتقادم بها دعوى الضمان. "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٢٧ ".

والأحكام المتقدمة الذكر ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على تشديد ضمان المقاول، فلا تتقادم دعوى الضمان مثلاً ولو كان العيب واضحًا إلا بمضي ثلاث سنوات أو خمس . أو يجوز أن يتحفظ رب العمل عند تسلمه الشيء أو تقبله العمل، ويقرر أن ذلك لا

يمنعه من الرجوع فيما بعد على المقاول إذا ظهر في العمل عيب ولو كان هـذا العيب واضحاً – وفى هذه الحالة يكون لرب العمل الرجوع بضمان العيب فـي المدة التي يتفق مع المقاول عليها ، وإذا لم يكن هناك اتفاق ففي مـدة قـصيرة حسب ما يقضى به عرف الحرفة. والأولى أن يحتاط رب العمل وهو يـتحفظ، فيتفق مع المقاول على مدة معينة يستطيع في خلالها الرجـوع عليـه بـضمان العيب.ولا يوجد ما يمنع،كما قدمنا،من أن يتفق رب العمل مع المقاول مقـدماً ، في عقد المقاولة ذاته ، على مدة معينة يستطيع رب العمل فيها الرجوع بضمان العيب بعد تسلمه الشيء أو تقبله العمل ولرب العمل فوق ذلك ، حتى لو لم يتفق مع المقاول على مدة معينة ولم يتحفظ، أن يطلب مراجعة الحساب الذي قدمـه المقاول لوقوع خطأ فيه أو غش كما يجوز الاتفاق على تخفيـف الـضمان أو الإعفاء منه ، فيشترط المقاول عدم ضمانه للعيب بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو تقبله العمل ولو كان العيب خفياً، ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفـاء مـن الضمان إذا كان العيب راجعاً إلى غش المقاول أو إلى خطأ جسيم منه . وهـذا بخلاف أحكام الضمان العشري الواجب على المهنـدس المعمـاري والمقـاول بالنسبة إلى عيوب البناء، فإن هذه الأحكام تعتبر من النظـام العـام لا يجـوز الاتفاق على ما يخالفها " السنهوري – الوسيط في شـرح القـانون المـدني – ص١٢٨ ".

حالة عملية من القضاء الأنجلوسكسوني – ضمان المقاول للأعمال المنجزة:

تتلخص هذه الحالة في أن المقاول قد تعهد لرب العمل ببناء سقف يقـاوم العوامل الجوية على الأقل لمدة خمس سنوات وفقاً للمستندات التي قـدمها رب العمل، وقام المقاول ببنائه وفقاً للمستندات التي أعدها مهندس المالك إلا أنه قبل مضي ٥ سنوات حدثت عيوب في الأعمال التي قام بها المقاول وحاول المقاول أن يتنصل من المسئولية حيث إنه ليس هناك أية عيوب في المصنعية أو المواد ولكن العيوب أساساً في الطريقة المذكورة في مستندات العقـد والتـي اتبعهـا المقاول. إلا أن المحكمة لم تأخذ بهذا واعتبرت المقاول قد ضمن الأعمال لمـدة خمس سنوات مع علمه بالطريقة المقترحة. فهو مسئول عن سلامة الأعمال حتى وإن كان العيب من الطريقة المقترحة، حيث إنه عليه التزام لمدة خمس سنوات وفقاً للضمان المقدم منه وألزم المقاول بالإصلاح والتعويض.

Contractor sued for damages resulting from faulty design

Steel Company of Canada Ltd. v. Willand Management Ltd. (Schreiber Roofing)

"The judges concluded that any risk involved in using Curadex was accepted by those who were prepared to tender in accordance with specifications which included the requirement of providing a written guarantee that all material employed in the work was first class and without defect, and that the roof would remain weathertight for a period of five years".

(2.2.04.R)

Supreme Court of Canada Taschereau, C.J.C., Martland, Ritchie, Hall and Spence, JJ.

October 4, 1966

الموضوع : عقد المقاولة

الموضوع الفرعي : التزامات المقاول

فقرة رقم : ٢

إقرار رب العمل في عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولاً بحالته الظاهرة التي هو عليها ليس من شأنه إعفاء المهندس والمقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت التسليم ولم يكن يعلمها رب العمل لأن التسليم ولو كان نهائياً لا يغطي إلا العيوب الظاهرة أو الملزمة لرب العمل وقت التسليم . (الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٣٣ ق ، جلسة ١٣/٤/١٩٦٧)

٨-١-٣-٤ مسئولية رب العمل إذا كان السبب ناتجاً عن تعليماته:-

تنص المادة ٦٦٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه (ينتفي الضمان المنصوص عليه في المادة ٦٦٣ وما يليها إلى المادة ٦٦٥ إذا كان سبب العيب تنفيذ تعليمات صريحة من صاحب الأمر خلافاً لرأي المقاول أو الصانع).

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٢٨ في التقنين المدني العراقي المادة ٨٨٣ في التقنين المدني الكويتي المادة ٦٨٢- ٦٨٣ وفي التقنين المدني الأردني المادة ٧٩٩ وفى التقنين المدني الليبي المادة ٦٦١ .

٨-١-٤ **الضمان العشري للمهندس المعماري و المقاول لعيوب البناء:-**

تنص المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري على أنه (١- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.٢- و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.٣- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل. ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن) " السنهوري الوسيط ص١٣٠-١٣١".

والنص كما نرى يعرض لضمان المهندس المعماري والمقاول التهدم أو العيوب التي تصيب ما أقاماه من مبان أو منشآت ثابتة أخرى . ونظراً لخطورة تهدم المباني أو تصدعها بالنسبة إلى رب العمل وبالنسبة إلى الغير، شدد المشرع من هذا الضمان حتى يدفع المهندس والمقاول إلى بذل كل عناية ممكنة فيما يشيدانه من المنشآت - وبخاصة أنه يغلب أن يكون رب العمل رجلاً غير فني وغير خبير بصناعة البناء ولا بهندسة المعمار ، فأراد المشرع حمايته من المتعاقد معه وهو رجل فني خبير ، مهندساً كان أو مقاولاً . ومن هنا كانت أحكام الضمان التي تؤكد هذه الحماية معتبرة من النظام العام (محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاولة - فقرة ١٠٤ص١٢١). ولذا فهي من القواعد الآمرة و لا يجوز مخالفتها بالحد من الضمان و إنما يجوز التشديد في الضمان باتفاق الطرفين.

وأخيراً فمن المقرر قانوناً أن المقاول يضمن ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء والإنشاء ، وأن الضمان يشمل ما يظهر في المباني من عيوب يترتب عليها تحديد متانتها وسلامتها سواء أكان العيب في المواد المستخدمة أو في أصول الصنعة أو في الأرض التي أقيم الإنشاء عليها أو تحتها . (الطعن بالتمييز ٥٢ / ٩٧ تجاري جلسة ١١ - ٥ - ١٩٩٨).

٨-١-٤-١ طرفا الضمان العشري هما طرفا عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة:-

حتى يمكن أن يتحقق الضمان، يجب أن يكون هناك عقد مقاولة محلها منشآت ثابتة فالأكشاك والمنازل القابلة للفك والتركيب والتي يمكن نقلها من مكان إلى آخر بسهولة لا تعتبر مبنى" السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ص١٣٤" .

ومن ثم فإن الضمان المعماري يتعلق بالمباني والمنشآت أياً كانت طبيعتها ومكانها (فوق أو تحت سطح الأرض) والغرض منها وشكلها والمادة الداخلة في تكوينها والقيد الوحيد على ذلك هو الثبات ، أي يشترط أن تكون ثابتة يتحقق فيها عنصر الاستقرار والدوام . والدوام ليس معناه الأبدية بل يكفي ألا تقل مدة بقاء المنشأة عن عشر سنوات . ويمكن القول بأن الضمان المعماري يقتصر على العقارات دون المنقولات ، ولكن يجب التحفظ في ذلك نظراً لتداخل مجال كل منها في العصر الحديث بسبب التطور التقني ، ففي مجال البناء أصبح من الممكن إنشاء ونقل المباني والمنشآت دون تلف بالمعنى التقليدي من خلال المباني سابقة التجهيز . ويجب التحفظ كذلك في القول باستبعاد العقار بالتخصيص ، حيث توجد بعض المنقولات التي ترتبط بالمبنى أو المنشأة وتشكل جزءاً لا ينفصل عنه ويمكن أن يؤدي تعيبها إلى تهديد سلامة البناء كأجهزة التكييف المركزية . (د. محمد حسين منصور - المسئولية المعمارية - ص ٧٢)

٨-١-٤-٢ الأضرار التي يشكل تحققها سبب لتطبيق الضمان العشري:-

هذه الأضرار تارة ما تكون تهدماً يحدث في البناء أو المنشأ الثابت الآخر وتارة أخرى ، تتمثل في عيب يلحق بالعقار يترتب على وجوده به تهديد متانته وسلامته ، أو جعله غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله .

تعريف التهدم و أسبابه:

الهدم لغة هو " نقض البناء" بمعنى إنحلال الرابطة التي تربط بين أجزائه أي حدوث انفصال بين تلك الأجزاء بعضها عن بعض ولا في يهم انحلال هذه الرابطة وانفصالها أن يكون بسبب عيب في عملية التشييد والبناء ذاتها كعدم مراعاة أحكام ربط أجزاء البناء ومكوناته بعضها ببعض سواء كان ذلك الربط طولياً أو عرضياً ، أو عدم أحكام ربط "أسياخ التسليح" بعضها ببعض ، فيترتب

على ذلك أن تكون أجزاء البناء غير مترابطة مما يجعلها غير قادرة على حمل بعضها البعض ، ومن باب أولى حمل غيرها .

كذلك قد يكون العيب في عملية التشييد والبناء راجعاً إلى عدم مراعاة الترتيب الزمني بين العمليات المختلفة المكونة للبناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، بحيث لم تأخذ كل عملية من هذه العمليات حظها الكافي من الوقت كي يتم جفافها وتكتمل صلابتها ويقوى تماسكها حتى تكون قادرة على حمل المراحل التالية عليها .

وقد لا يكون سبب انحلال هذه الرابطة وانفصالها هو عيب في عملية التشييد والبناء ذاتها، وإنما يرجع ذلك إلى عيب في المواد نفسها ، المستعملة في هذه العملية كأن تكون تالفة نتيجة رطوبة أو تبلل لحقها فتذهب بذلك خاصية التماسك بين جزيئاتها أو تكون من صنف رديئ لا يصلح لتأدية الغرض المقصود منها من شد أجزاء البناء بعضها إلى بعض ، وإحكام ربطها وتماسكها .

وكما أنه لا يهم في انحلال هذه الرابطة أن يكون بسبب عيب في عملية التشييد والبناء ذاتها أو بسبب عيب في المواد نفسها المستعملة في هذه العملية فكذلك الحال إذا ما كان هذا الانحلال في الرابطة التي تربط بين أجزاء البناء ومكوناته نتاجاً عن عيب في الأرض ذاتها ، المقام عليها البناء أو المنشأ الثابت الآخر بأن تكون غير صالحة كلياً أو جزئياً – بسبب طبيعتها التكوينية أو لأي سبب آخر – للبناء عليها ، أو إقامة منشآت أخرى شريطة أن يكون عيب الأرض هذا مما يمكن كشفه وفقا لقواعد الفن . أما إذا استحال كشف عيب الأرض وفقاً لهذه القواعد فإن ذلك يكون من قبيل القوى القاهرة ولا يكون المهندس مسئولاً عنه .

كذلك قد يكون سبب التهدم – كلياً كان أم جزئياً – عيبا في التصميم ذاته ، لعدم مراعاة الأصول الفنية في وضعه طبقاً لأصول الهندسة المعمارية ، وفي هذه الحالة يكون المهندس المعماري الذي قام بوضع هذا التصميم المعيب ، والذي ترتب عليه حدوث هذا التهدم الكلي أو الجزئي بالعقار مسئولاً – دون المقاول – أمام رب العمل عن هذا التهدم (م ٦٥٢ مدني مصري) إلا إذا كان الخطأ في التصميم مما يمكن للمقاول المجرب كشفه ولم ينبه إليه أيا من المهندس المعماري أو رب العمل مما يجعله مسئولاً بالضمان في مواجهة رب العمل إلى جانب ذلك المهندس.

حالة عملية من القضاء الأنجلوسكسوني

ضمان المقاول للمبنى بما في ذلك صلاحية الأرض التـــي باعهـــا للمالــك للإنشاء:

تتعلق هذه الحالة بمقاول قام ببيع الأرض وكذلك التعهد ببناء منزل عليهـــا وبعد أن قام ببناء المبنى واستعمله المالك الجديد لفتــرة بــدأت تظهــر بعــض التشرخات وكذلك هبوط في الأرضيات وميول في المبنى وإن كانت لم تظهــر هذه إلا بعد سنتين من البناء واستند المقاول إلى أن هناك ضمان لمدة ســنة وأن يقتصر على أعمال البناء لا علي الأرض إلا أن القضاء وجد أن المقاول هــو الذي باع الأرض لرب العمل بغرض البناء عليها. فإنه يكون ملتزماً بأن تكون هذه الأرض صالحة للبناء وحيث أنه من أهل الخبرة فكان عليه أن يقوم ببنـــاء الأساسات التي تناسب نوع التربة الموجودة وهو يتحمل كافة الالتزامات عــن التعويض لأن المبنى المستعمل لا يلائم الغرض الذي أنشأ من أجله حيــث أن المبنى بالشكل الذي تم تشيده لا يصلح للاستعمال.

-Contractor in breach of implied warranties for house to be constructed:

… The Judge found that Trousdale (the contractor) was in breach of certain warranties which are implied with respect to a house to be constructed, namely, that the house would be properly built with proper materials and that it would be fit for human habitation. Trousdale did not construct the foundation in a proper and workman like manner and there was a short time that the house was not reasonably fit for human habitation because Glover (the home-owner) was apprehensive whether or not his house would slide down the hillside.

(2.2.03.L)

County Court of Kootenay, B.C

Provenzano, J.

March 5, 1985

٨-١-٤-٣ ضمان المهندسين والمقاولين :-

الالتزام بالضمان الذي تقرره المادة ٦٥١ مدني مصري على المهندس المعماري ، والمقاول مقرر لصالح رب العمل المتعاقد مع هذا المهندس وهذا المقاول ، ولذلك فلا يستطيع أن يتمسك بأحكامه إلا رب العمل ، وإذا توفى رب العمل فلورثته الحق في التمسك بالمادة ٦٥١ في مواجهة هؤلاء الأشخاص "محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة١٠٦ ص ١٢٤".

المدين بالضمان:

والذي يترتب في ذمته الضمان هو المهندس المعماري والمقاول في عقد المقاولة الذي سبق أن حددناه . فالمهندس المعماري هو الذي يعهد إليه بوضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه. ولا يشترط في المهندس المعماري أن يكون حاملاً مؤهلاً فنياً في هندسة المعمار، فما دام الشخص يقوم بمهمة المهندس المعماري فهو ملتزم بالضمان . وعلى ذلك يكون ملتزماً بالضمان أي مهندس، ولو كان مهندساً ميكانيكياً أو كهربائياً، إذا كان يقوم بمهمة المهندس المعماري . بل إن المقاول الذي لا يحمل أي مؤهل أو أي شخص آخر غير مؤهل، إذا وضع التصميم، فإنه يكون بذلك قد قام بمهمة المهندس المعماري، ومن ثم يكون ملتزماً بالضمان . وإذا تعدد المهندسون المعماريون كان كل منهم ملتزماً بالضمان في حدود العمل الذي قام به، و يجوز أن يعهد رب العمل إلى عدة مقاولين بالعمل، فكل من هؤلاء يعتبر مقاولاً في حدود الأعمال التي يقوم بها، ويكون ملتزماً بالضمان في هذه الحدود (محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ١٠٥– ص١٢٤) وحتى العامل البسيط إذا اشتغل في البناء لحسابه مستقلا عن رب العمل ، فإنه يعتبر مقاولاً ، ويجب في ذمته الضمان – وقد يستخدم المقاول مساعدين يعاونوه فيما يقوم به من أعمال، فيكون مسئولاً عن أعمالهم، ويلتزم بضمان هذه الأعمال كما لو كان هو الذي قام بها، حتى لو كان هؤلاء المساعدون لا يعتبرون من أتباعه بالمعنى المفهوم في مسئولية المتبوع عن التابع كما لو كانوا مقاولين من الباطن" السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٣٧–١٣٨".

والسبب في ذلك أن الضمان الخاص الذي نحن بصدده، وهو ضمان مشدد، قد اقتضاه مركز كل من رب العمل والمقاول أو المهندس. فرب العمل يكون عادة رجلاً غير فني أو خبير، فأراد القانون أن يحميه ضد المقاول والمهندس

وهما من رجال الفن والخبرة . وليس هذا هو مركز المقاول الأصلي من المقاول من الباطن، فكلاهما من أهل الفن والخبرة ولا يوجد مقتض لحماية خاصة مشددة تمنح للمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن، ويكفى في حماية حقوق المقاول الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة ففيها الغناء" السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٤٠".

إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، لم يكن مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم ، وقد يضعه رب العمل . فإذا وضعه رب العمل وكان معيباً كان هو الملوم ، ولا يرجع على أحد . أما إذا وضعه غيره، المهندس أو المقاول أو شخص آخر غيرهما، كان واضع التصميم هو المسئول عن عيوب التصميم ويجب عليه الضمان (محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ١١٧ ص١٤٠) وإذا كان المقاول هو الذي وضع التصميم، فإنه يكون مسئولاً عن عيوبه وعن عيوب التنفيذ جميعاً،ولكن مسئوليته عن عيوب التصميم تكون بالقدر الذي تسمح به المقدرة الفنية لشخص في مستواه " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٤٧-١٤٩" ويجوز الاتفاق على إطالة المدة في الضمان لأن الممنوع كما سنرى هو الإعفاء أو الحد من الضمان لا التشديد فيه . فيجوز إذن أن يتفق رب العمل مع المقاول والمهندس على أن تبقى مدة الضمان خمس عشرة سنة أو أكثر، وقد تقضي بذلك جسامة المنشآت ودقة العمل فيها بحيث أن إختبار متانتها وصلابتها يحتاج إلى مدة أطول من عشر سنوات . ولكن لا يجوز الاتفاق على أن تكون المدة أقل من عشر سنوات "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٥٦".

وإذا كان كل من المقاول والمهندس مسؤولين قبل رب العمل عن الأضرار سالفة الذكر بالتضامن فهذا لا يعني سوى حق رب العمل في مقاضاة أيهما ولكنه لا يعني عدم رجوع كل واحد منهما على الآخر ، فضلاً عن توزيع المسئولية بينهما بنسبة خطئه . وإذا تعذر إثبات نسبة الخطأ لكل منهما فتوزع المسئولية عليهما بالتساوي (د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ص ١٧٩).

ولرب العمل أن يطلب في دعوى الضمان التنفيذ العيني ، فإذا تهدم البناء مثلاً كله أو بعضه، فله أن يطلب إعادة بناء ما تهدم . وله أن يطلب ترخيصاً من المحكمة في أن يعيد بناء ما تهدم على نفقة المدين بالضمان، والمهندس أو

المقاول أو كليهما بالتضامن . كما أن له إذا حدث بالبناء عيب وكان يمكن إصلاحه عيناً، أن يطلب من المسئول أن يجري هذا الإصلاح، أو أن يجريه هو على نفقة المسئول بترخيص من المحكمة . وإذا كان في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين، جاز للمحكمة أن تقتصر على الحكم بتعويض (م٢/٢٠٣ مدني مصري)، وذلك كما إذا كان إصلاح العيب يقتضي هدم جزء من البناء يكلف نفقات جسيمة لا تتناسب مع الضرر الناتج عن العيب . وفي جميع أحوال التنفيذ العيني يجوز أيضاً الحكم بتعويض إذا كان هناك مقتض، كما إذا استغرق إصلاح العيب أو إعادة البناء وقتاً فإن لرب العمل أن يتقاضى تعويضاً عن عدم الانتفاع بالبناء طول هذا الوقت . كذلك إذا كانت الأعمال التي أجريت لا تصلح العيب إصلاحاً كاملاً ويبقى بعض العيب دون إصلاح ويكون من شأنه أن ينقص من قيمة البناء أو ينقص من ريعه، فيعوض رب العمل عن ذلك "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٥٧-١٥٨".

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٥٠):

مسئولية المهندس المعماري عقدية في مواجهة المالك ، وتقصيرية فيما يتعلق بالغير.

إنه وإن كان القانون التجاري الكويتي لم ينظم مسئولية المهندس المعماري شأن القوانين العربية الأخرى إلا أن القواعد العامة تقرر مسئولية المهندس المعماري عما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى خلال مدة يجب تحديدها وذلك في مواجهة المالك على أساس المسئولية العقدية أما فيما يتعلق بالغير فإن المسئولية تكون مسئولية تقصيرية على أساس الخطأ فقيام المهندس بوضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة البناء ، وتعهده بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المستحقات إليه كل ذلك يحتم تقرير مسئوليته عن أي تهدم أو ظهور عيب في البناء خلال مدة معينة – وقد نصت على مسئوليته صراحة مجلة الأحكام العدلية في المادة ٦١١ إذ جاء بها " أن الأجير المشترك يضمن الضرر الذي تولد عن فعله وصنعه إن كان بتعديه وتقصيره أو لم يكن" . (فتوى رقم ١٢١٣/٢ في ١٩٧٠/١٠/٧).

الموضوع : عقد المقاولة

الموضوع الفرعي : التزامات المقاول

فقرة رقم : ١

مفاد نص المادة ٤٠٩ من القانون المدني المصري السابق و المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري الحالي المقابلة للمادة السابقة ، أن التزام المقاول هو التزام بنتيجة ، هي بقاء البناء الذي يشيده سليماً و متيناً لمده عشر سنوات بعد تسليمه ، و إن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما و إن الضمان الذي يرجع إلى تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود العيب في البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم و لو لم تتكشف آثار العيب و تتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة . (الطعن رقم ٤١ لسنه ٣٦ ق ، جلسة ١٩٧٠/٦/٢٣)

الموضوع : عقد المقاولة

الموضوع الفرعي : التزامات المقاول

فقرة رقم : ٣

نظم المشرع عقد المقاولة بالمادة ٦٤٦ و ما بعدها من القانون المدني المصري، و أورد بهذه المواد والقواعد المتعلقة بالمهندس المعماري باعتبار أن عمله في وضع التصميم و المقايسة و في مراقبة التنفيذ من يعد الأعمال المادية للمقاولات ويندرج في صورها ، و جعل قواعد المسئولية عن تهدم البناء و سلامته تشمل المهندس المعماري و المقاول على حد سواء ما لم يقتصر عمل المهندس على وضع التصميم فلا يكون مسئولاً إلا عن العيوب التي أتت منه . و من ثم فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه و بين رب العمل يستوجب مسئوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ أو كلاهما معا مع المقاول. (الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٨ ق ، جلسة١٩٧٣/١١/٢٧).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٣٠)

١- ضمان المقاول لما شيده من مبان أو منشآت لمدة عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء، هذا الضمان يشمل ما يظهر في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها سواءً كان العيب في المواد

المستخدمة أو في أصول الصنعة أو في الأرض التي أقيم الإنشاء عليها أو تحتها.

٢- لا وجه للحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان من المقاول للمطالبة بباقي قيمة المطالبة به قبل حسم مسألة إلتزام المقاول بالضمان قبل رب العمل، مادامت مسألة الضمان كانت عنصراً من عناصر الدعوى تحت نظر المحكمة مطروحة عليها تناضل فيها الخصوم. (حكم التمييز الطعن رقم ٩٦/٢٥٢ تجارى جلسة ١٩٩٨/٥/١١)

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٣٢)

إصلاح العيوب والنواقص على نفقة المقاول - خصم قيمتها من مستحقاته طبقاً لشروط العقد.

وحيث إن الطاعنتين تنعيان على الحكم المطعون فيه بالسبب الثالث وهو خطأه في تطبيق القانون وتقولان في بيان ذلك أن الحكم قد أيد ما جاء بتقرير الخبير من قيام حق الوزارة في خصم مبلغ ١٠٢٢٠٥ ديناراً من مستحقاتهما عن أعمالهما المتعلقة بالشبرتين رقمي ب٤، ب٥ مقابل أعمال معينة وناقصة وهذا النظر غير صحيح إذ كانت الوزارة قد تسلمت الأعمال المذكورة منذ أربع سنوات سابقة، وبعد انتهاء فترة الصيانة بمدة طويلة دون أن تطلب منهما إجراء أي إصلاح أو استكمال أي نقص وتنفيذ ذلك من جانبها خصماً من حسابهما وكل ذلك يفيد عدم وجود عيب أو نقص في هذه الأعمال.

وحيث إن النعي بهذا السبب لا يقوم على أساس صحيح ذلك أنه لما كان حكم محكمة الدرجة الأولى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه في خصوص ما جاء بسبب النعي على قوله "إنه بالنسبة إلى الأعمال الناقصة أو المخالفة للمواصفات والتي جرى الخصم في مقابلها من مستحقات المدعيتين مبلغ ١٠٢٢٠٥ ديناراً فإن الثابت من الأوراق وبحسب ما أورده تقرير الخبير بعد معاينة موقع الأعمال أنها عبارة عن تعديلات وإصلاحات وتوضيبات واستكمالات في أجزاء مختلفة من بنود المشروع المنفذ سواء أعمال التشطيبات أو الأعمال الخرسانية أو أعمال المباني أو أعمال الخدمات والطرق وقد تبين أن هذه الأعمال منفذة منذ مدة طويلة ومستقلة وقد ظهرت بها عيوب ... وردت تفصيلاً فى كشوف الوزارة المودعة حافظة مستنداتها بتاريخ ١٩٨٤/٤/١ ويبين منها المبالغ الواجب الخصم مقابلها وأن الوزارة قامت بالتفتيش على هذه الأعمال بتاريخي ١٩٧٩/١١/٧ و١٩٨١/١/١٣ وثبتت لها هذه العيوب

والنواقص وقد منحت المدعيتين مدة ثلاثين يوماً لتلافيها ولكنها لم تفعل في حينه ... وأن خصم نفقات إصلاح الأعمال المعيبة وصيانتها وإكمال الناقص منها من مستحقات المدعيتين – الطاعنتين – والتي تحددت بمبلغ ١٠٢٢٥٥ ديناراً يكون في محله إذ تجيز المادتان ٤٩، ٥٠ من الشروط الحقوقية المتممة للعقد الذي يربط الطرفين قيام الوزارة بخصم قيمة إصلاح النقص أو الخطأ من مستحقات المقاول، وإذا كانت هذه الأسباب سائغة ولها معينها الصحيح من الأوراق فإن النعي بهذا السبب لا يعدو جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل مما لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة ومن ثم فإن النعي بهذا السبب في غير محله. (حكم الطعن بالتمييز رقم ٨٦/١١٩ تجارى جلسة ١٩٨٧/١/٢٨).

الفرق بين مدة الضمان و مدة دعوى الضمان:

مدة الضمان : هي تلك التي ارتآى المشرع ضرورة مرورها لاختبار متانة البناء وسلامته وصلابته ، وخلوه من أية عيوب أو نقائص ، تؤدي إلى تهدمه، أو تهدد متانته وسلامته، أو تجعله غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله، وقد قدرها كل من المشرعين المصري والفرنسي بعشر سنوات يظل خلالها المهندس المعماري والمقاول مسئولين عما يحدث في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى التي شيداها من تهدم كلي أو جزئي . أو ظهور العيب المعتبر بها . بحيث لا تنتهي مسئوليتهما هذه إلا بانتهاء هذه المدة .

أما مدة دعوى الضمان : فهي المدة التي فرض المشرع على رب العمل أن يبادر فيها برفع دعواه أمام القضاء ، إذا ما حدث بالمباني أو المنشآت الثابتة الأخرى التي أقاماها المهندس المعماري والمقاول تهدم كلي أو جزئي ، أو ظهر بها عيب يهدد متانتها وسلامتها أو يجعلها غير صالحة للهدف التي أنشئت من أجله ، بحيث إذا ما حدث هذا أو ظهر ذاك خلال مدة الضمان ولم يقم رب العمل برفع دعواه حتى انتهت هذه المدة سقط حقه في مطالبتهما بعمل أي إصلاح أو دفع أي تعويض .

دعوى الضمان ضد المهندس أو المقاول تسقط بانقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب.

نفيدكم أن كتابكم قد أشار إلى أن المبلغ المطلوب الرجوع به على الاستشاري .. كتعويض نهائي هو ٣,٥٩٨,٠٢٧ مليون دينار كويتي، وأن هذا المبلغ تم تحديده في ضوء الاتفاق النهائي مع مقاول التنفيذ بتاريخ ١٩٩٠/٤/١٤، ولما كان طلب التحكيم يقوم على أساس ما تم اكتشافه من عيوب وأخطاء ونقص فى التصميمات التي كان يتولاها المهندس الاستشاري حيث جاء بكتابكم رقم ٣٣/٦/٧-٩٣٦٧ المؤرخ ١٩٨٩/١٠/٢١ أنه منذ بدء إسناد أعمال الإشراف على تنفيذ المشروع للمستشار بدأ يتضح أن هناك تقصير وعيوب ظهرت آثارها على التصميم .... فإن النصوص التي تحكم هذا الطلب في القانون المدني الكويتي هي المواد ٦٩٣، ٦٩٦، وقد نصت المادة ٦٩٣ على أنه (١- إذا اقتصر عمل المهندس على وضع تصميم البناء أو الإنشاء أو جانب منه كان مسئولاً عن العيوب التي ترجع إلى التصميم الذي وضعه دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ.٢- فإذا عهد إليه رب العمل بالإشراف على التنفيذ أو على جانب منه كان مسئولاً أيضاً عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ الذي عهد إليه بالإشراف عليه).

كما نصت المادة ٦٩٦ على أن (تسقط دعوى الضمان ضد المهندس أو المقاول بانقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب.) فعلى ضوء المادة الأخيرة وقد عهد للمهندس الاستشاري بالتصميم والإشراف فإن دعوى الرجوع عليه بالضمان تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ إنكشاف العيب. وبمراجعة التقارير الثلاثة التي وردت إلينا بتاريخ ١٩٩٠/١/٧ عن تفاصيل إعادة التصميمات والنفقات التي تستحقها الوزارة نتيجة إنهاء الاتفاقية المبرمة مع المهندس الاستشاري تبين أن الاتفاقية وقعت بتاريخ ١٩٨٢/١/١٣ وكان الموعد النهائي لإنجاز أعمال التصميم هو ١٩٨٣/٤/٧ وقد تم إنجازها بتاريخ ١٩٨٣/٧/١٠ ثم فسخت الوزارة إتفاقية الإشراف على التنفيذ بتاريخ ١٩٨٥/٦/١٠ وأخطرته بذلك بكتابها رقم ٣٦٧٩ بتاريخ ٨٥/٥/١١ حيث ترك الموقع بتاريخ ٨٥/٦/١١ بسبب ما اكتشف من عيوب ونقص وأخطاء في التصميم عجز المهندس الاستشاري عن تصحيحها مما إضطر الوزارة إلى تكليف مقاول التنفيذ بالمساعدة في إعادة تصميمها فضلاً عن الاتفاق مع مهندس

استشاري جديد هو .... لمتابعة الإشراف وقد تقدم بتقريره الأول بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٩.

من هذا يبين أن تاريخ فسخ الاتفاقية مع المهندس الاستشاري المطلوب الرجوع عليه بدعوى ضمان العيوب هو ١٩٨٥/٥/١١، وتاريخ الاتفاق مع المهندس الاستشاري الجديد وتقديم تقريره الأول هو ١٩٨٦/١٢/٩ فإن أيا من هذين التاريخين إذا اعتبر تاريخاً لاكتشاف العيوب في التصميمات والإشراف على طريقة التنفيذ تكون دعوى الضمان قد سقطت بمضي ثلاث سنوات من تاريخ إنكشاف العيب، وتكون دعوى الضمان معرضة لاحتمالات الخسارة.

أما ما تم من تسوية مع مقاول التنفيذ التي تمت بتاريخ ١٩٩٠/٤/١٤ فهي لا تعدو عنصراً من عناصر الضرر الذي أصاب الوزارة نتيجة عيوب التصميمات التي أعدها المهندس الاستشاري ولا أثر لها على رفع الدعوى أو طلب عرض النزاع على التحكيم للرجوع بدعوى الضمان المقررة في المادة ٦٩٣ من القانون المدني الكويتي إلا إذا كان لدى الوزارة ما قطع هذا التقادم.(فتوى رقم ٥٨٠٥ بتاريخ ١٩٩٢/٤/١٣ مرجع د٩٠/ق١٨).

الموضوع : عقد المقاولة

الموضوع الفرعي : التزامات المقاول

فقرة رقم :٢

مفاد المادتين ٦٥١ ، ٦٥٤ من القانون المدني المصري أن المشرع ألزم المقاول في المادة ٦٥١ من القانون المدني بضمان سلامة البناء من التهدم الكلي أو الجزئي أو العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته ، و حدد لذلك الضمان مدة معينة هي عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم المبنى ، و يتحقق الضمان إذا حدث سببه خلال هذه المدة على أن القانون قد حدد في المادة ٦٥٤ مدة لتقادم دعوى الضمان المذكور و هي ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم أو ظهور العيب خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء إلا أنه يلزم لسماع دعوى الضمان ألا تمضى ثلاث سنوات على انكشاف أو حصول التهدم ، فإذا انقضت هذه المدة سقطت دعوى الضمان بالتقادم.

(الطعن رقم ١٤٩ ، لسنة ٣٨ مكتب فني ٢٤ صفحة رقم ١١٤٦بتاريخ ٢٧-١١-١٩٧٣).

خطأ رب العمل:

الأصل أن خطأ رب العمل ينفي علاقة السببية ، فلا يلتزم المقاول بالضمان . فإذا رجع العيب في البناء إلى عيب في المواد التي استخدمت فيه وكانت هذه المواد قد أحضرها رب العمل ، وقد أثبت المقاول ذلك ، وتنتفي في الأصل مسئوليته . ولكن قد يكون العيب في المواد ظاهراً بحيث كان المقاول يستطيع أن يكشفه وينبه رب العمل إليه ، فعند ذلك يكون هناك أيضاً خطأ في جانب المقاول قد يكون سببا في مشاركته رب العمل المسئولية بحسب جسامة خطأ كل منهما ، وقد يتدخل رب العمل فيعطي تعليمات خاطئة للمقاول ويطلب إليه أن ينفذها فينجم العيب عن ذلك ، وهنا أيضا يكون هناك خطأ في جانب رب العمل وخطأ في جانب المقاول الذي اطاع هذه التعليمات الخاطئة ، فيشتركان في المسئولية أو يجب خطأ أحدهما خطأ الآخر بحسب جسامة الخطأ . وقد يضع رب العمل بنفسه تصميم البناء فيجيء معيباً ويتسبب عن ذلك عيب في البناء ، فيشترك مع المقاول في المسئولية إذا كان عيب التصميم مما يمكن للمقاول كشفه أما إذا كان العيب مما لا يمكن للمقاول كشفه لا سيما إذا كان رب العمل هو نفسه مهندساً معمارياً فإن خطأ رب العمل ينفي المسئولية عن المقاول .(السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص ١٧٣).

حالة عملية :

مسؤولية رب العمل إذا كان هو الذي و ضع التصميم ، ومسئولية المقاول في هذه الحالة.

الموضوع : عقد المقاولة

الموضوع الفرعي : التزامات المقاول

فقرة رقم : ١

لئن كان الأصل أن المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل الذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري لا يسأل عن تهدم البناء أو عن العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته إذا كان ذلك ناشئاً عن الخطأ في التصميم الذي وضعه رب العمل ، إلا أن المقاول يشترك في المسئولية مع صاحب العمل إذا كان على علم بالخطأ في التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب .

(الطعن رقم ٠١٢٠ لسنة ٣٠ مكتب فني ١٦ صفحة رقم ٨١ بتاريخ ٢١-٠١-١٩٦٥).

٨-١-٤-٤ مسئولية المقاول الرئيسي عن المقاول من الباطن:-

إذا تعاقد المقاول الأصلي مع مقاول آخر (مقاول من الباطن) على كل أو جزء من العمل فلا يكون رب العمل دائناً بالضمان لهذا المقاول الآخر ، إذ لا توجد علاقة عقدية بينهما ، بل يبقى الضمان على المقاول الأصلي الذي يكون ضامناً عمل المقاول من الباطن كما يلتزم بضمان أعمال مساعديه وهم لم يُعتبروا من أتباعه . وأكثر من ذلك فإن المقاول الآخر لا يكون مديناً للمقاول الأصلي ولا لرب العمل إلا بمقدار ما تقضي به القواعد العامة . ومن ثم ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي الأعمال التي قام بها مع تمكنه من فحصها والكشف عما بها من عيوب . فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك لم يكن المقاول من الباطن مسئولاً إلا بالقدر وإلى المدة التي يقضى بها عرف الحرفة . فلا يكون ملتزماً بالضمان الخاص بالمقاولة الذي يسري لمدة عشر سنوات .(د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ص ١٩٦).

حالة عملية من القضاء الأنجلوسكسوني – مسئولية المقاول الرئيسي تجاه رب العمل مسئولية عقدية أما مسئولية مقاول الباطن مسئولية مدنية:

هذه الحالة تتعلق بمسئولية مقاول الباطن عن أعمال التشييد فقد عهد المالك إلى مقاول رئيسي للقيام بأعمال إصلاح في المنزل والذي عهد بدوره إلى مقاول باطن للقيام بأعمال الحفريات إلا أن مقاول الباطن قد أهمل في أداء مهمته مما أدى إلى انهيار المبني وقد رفع المالك الدعوى على كل من المقاول الرئيسي ومقاول الباطن.

فقد حكم القضاء بمسئوليتة المقاول الرئيسي مسئولية عقدية إلى جانب مسئولية مقاول الباطن نتيجة إهماله وهي مسئولية مدنية أي تقصيرية.

– All contractors liable where house collapsed

Hancock and Bone v. Jade Excavating Ltd.

"Judge Hutchison of the British Columbia Supreme Court held that both Belton and Jade (the contractor and the subcontractor) were in breach of an implied term of their

contracts with the owners that the work would be done without damage to the owners' premises. In addition, Terra was held to be in breach of the independent duty which it owed in tort to the owners not to leave too little earth around the cribbing blocks."

(3.2.01.L)
Supreme Court of British Columbia ------------------------
Hutchison J.

January 15, 1986

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٣٩)

١- المقاول والمهندس يضمنان ما يحدث من تهدم أو خلل كلى أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء.

٢- وجوب إخطار المقاول عما تكشف لرب العمل من عيوب الأعمال التي أنجزها ولا يكفي دعوته لإيجاد حل لموضوع العيب على ضوء استمرار ضمانه يترتب على عدم الإخطار على هذا النحو سقوط حق رب العمل في الرجوع على المقاول بقيمة ما تكبده من نفقات إصلاح العيب، إذ يعتبر عدم الإخطار قبولاً للعيب ونزولاً عن حقه في الضمان.

٣- لا يجوز لرب العمل الرجوع على مقاول الباطن بالضمان العشري للأعمال المكلف بها من المقاول الأصلي إلا بدعوى غير مباشرة يستعملها بإسم مدينه (المقاول الأصلي) باعتباره نائباً عنه، وإن رفعها رب العمل بإسمه شخصيا وجب إدخال المقاول الأصلي فيها وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. إستثناء إذا تضمن عقد المقاولة من الباطن ما يفيد إلتزام المقاول من الباطن بالضمان طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير.

وحيث أن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعن الثاني منهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق وفى بيان ذلك يقول إن الحكم قضى برفض الدعوى قبل المطعون ضدها الأولى على سند من القول إن الطاعن لم يخطرها للتدخل لإصلاح عيب تسرب المياه الجوفية بسراديب المبنى بعد ظهور العيب وإنما رجع مباشرة على المطعون ضدها الثانية (المقاول من الباطن) وكلفها بذلك لقاء

مبلغ ١٤,٢٦٤,٩٨٢ د.ك مما يعد نزولاً منه عن ضمان المطعون ضدها الأولى لأعمال الطبقات العازلة حين أن الثابت أنه قدم للمحكمة ما يفيد بإخطار المطعون ضدها الأولى للتدخل لعلاج العيب فور ظهوره بما تقوم به مسئوليتها كمقاول أصلي عن الأعمال التي نفذتها المطعون ضدها الثانية (المقاول من الباطن) بموجب نص المادة ٢/٦٨١ من القانون المدني الكويتي وقد لجأ إليها لإصلاح العيب محل النزاع بسبب حالة الاستعجال التي واجهته ولحاجته الماسة لاستغلال المبنى مما لا يعد نزولاً منه عن ضمان المطعون ضدها الأولى لهذا العيب وهو ما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أن المادة ٦٩٢ من القانون المدني الكويتي تنص على أنه (١- يضمن المقاول و المهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء ... ٣- والضمان يشمل التهدم ولو كان ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المباني أو المنشآت المعيبة كما يشمل ما يظهر في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها). وتنص المادة ٦٨١ من ذات القانون على أنه (١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو كان من شأن طبيعة العمل أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار. ٢- ولا تؤثر المقاولة من الباطن في التزامات المقاول الأصلي قبل رب العمل، كما يسأل قبله عن أعمال المقاول من الباطن). وتنص المادة ٦٧٥ من نفس القانون على أنه (١- إذا تم تسلم العمل، إرتفعت مسئولية المقاول عما يكون ظاهراً فيه من عيب أو مخالفة لشروط العقد وذلك مع مراعاة حكم المادة ٦٩٢ . ٢- فإذا كانت العيوب أو المخالفة خفية، ثم تبينها رب العمل بعد التسلم وجب عليه أن يبادر بإخطار المقاول بها، مع مراعاة عرف الحرفة، وإلا إعتبر أنه قد قبل العمل، فإذا تم إخطار المقاول في الوقت المناسب سرت أحكام المادة ٦٧٣). وأبانت المادة ١٠٨ من قانون التجارة كيفية الإخطار فنصت على أن (يكون إنذار المدين أو إخطاره في المسائل التجارية بإنذار رسمي أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ويجوز في أحوال الاستعجال أن يكون الإنذار أو الإخطار ببرقية) وكانت مقاولات بناء العقارات وتعديلها وترميمها وهدمها تعد بموجب نص المادة الخامسة من قانون التجارة سالفة الذكر أعمالاً تجارية متى تعهد المقاول بتقديم المواد الأولية أو بتوريد العمال.

لما كان ذلك، وكان من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وفي تقدير الأدلة والمستندات المقدمة واستظهار مدلول عباراتها واستخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله وكان أساس قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدعوى قبل المطعون ضده الأول أن الطاعن بعد أن اكتشف عيب تسرب المياه بسراديب المبنى لم يقم بإخطار المطعون ضدها الأولى (المقاول الأصلي) عما تكشف له من عيوب في أعمال عازل الرطوبة وإنما لجأ مباشرة إلى المطعون ضدها الثانية (المقاول من الباطن) التي قامت بتنفيذ أعمال عازل الرطوبة لإصلاح هذا العيب وقد رفضت المطعون ضدها الثانية القيام بالإصلاح إلا بموجب إتفاق جديد فقد أبرم معها اتفاقاً جديداً قامت بموجبه بإصلاح العيب على حسابه مقابل المبلغ المطالب به في الدعوى وهو ما يحمل على ما ارتآه الحكم على أنه قبول من الطاعن للعيب ويعد نزولاً عن حقه في الضمان ويسقط حقه في الرجوع على المطعون ضدها الأولى بقيمة ما تكبده من نفقات إصلاح العيب محل النزاع وكان البين من مطالعة التلكس المرسل من الطاعن إلى المطعون ضدها الأولى بتاريخ ١٩٨٧/٨/٢٤ أنه تضمن دعوتها إلى إيجاد حل لموضوع تسرب المياه بمنطقة السراديب على ضوء استمرار ضمانها ولا يعد في حكم المادة ١٠٨ من قانون التجارة إخطاراً لها بعيب تسرب المياه بالسراديب محل المنازعة فإن الحكم المطعون فيه يكون – في نطاق سلطته التقديرية – قد أقام قضاءه على أسباب سائغة لا مخالفة فيها للقانون أو للثابت بالأوراق تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها وهي رفض الدعوى بالنسبة للمطعون ضدها الأولى ويضحى النعي على الحكم بهذا السبب على غير أساس.

وحيث أنه عن موضوع الاستئناف فإنه لما تقدم يتعين إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من سقوط الخصومة بالنسبة للمستأنف عليها الثانية ونظر موضوع الدعوى بالنسبة لها وقد طلبت المذكورة الحكم برفض الدعوى بالنسبة لها على أساس أنها نفذت الأعمال موضوع عقدها مع المستأنف عليها الأولى "المقاول الأصلي" طبقاً لأصول الصنعة وحسب الاتفاق وأن تسرب المياه بسراديب المبنى حدث على عكس ما أورد تقرير الخبير نتيجة خطأ الشركة المستأنف عليها الأولى في قيامها بتركيب كابل كهرباء أرضي إخترق عازل الرطوبة للسراديب التي كانت قد نفذتها المستأنف عليها الثانية وهو السبب في رفضها طلب المستأنف منها إصلاح هذا العيب بصفتها ضامنة له ولكنها قامت

بإصلاحه على نفقته بموجب عقد أبرم بينهما وهو ما يعد إقراراً منه بعدم قيـام ضمانها للأعمال التي ظهر بها العيب.

وحيث إن العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي يحكمها عقـد المقاولـة الأصلي، ويحكم عقد المقاولة من الباطن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقـاول من الباطن، ويترتب على ذلك أن الأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد وإنما تكون العلاقة بينهما علاقـة غير مباشرة إذ يتوسطهما المقاول فلا يطالب رب العمل المقاول مـن البـاطن مباشرة بالتزاماته لا بموجب عقد المقاولة الأصلي لأن المقاول من الباطن ليس طرفاً فيه ولا بموجب عقد المقاولة من الباطن لأن رب العمل ليس طرفـاً فيـه وإنما يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بهذا الالتزام بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه (المقاول الأصلي) قبل مدينـه (المقـاول مـن الباطن) إلا إذا تضمن عقد المقاولة من الباطن ما يفيد التزام المقاول من الباطن طبقاً لقواعد إشتراط مصلحة الغير ويحتفظ في الوقت ذاته بحق الرجوع علـى المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلي، ولما كانت الدعوى غير المباشرة التي يرجع بها رب العمل على المقاول من الباطن إنما يستعملها بإسـم مدينـه (المقاول الأصلي) باعتباره نائباً عنه فإن رفعها باسمه شخصياً وجب إدخاله فيها وإلا كانت الدعوى غير مقبولة ويترتب على استعمال هذا الحق أنه إذا حكم في الدعوى لمصلحة المدين (المقاول الأصلي) فإن ما حكم به يدخل في ذمة المدين ولا يستأثر به الدائن (رب العمل) الذي رفع الدعوى وذلك كله عملاً لحكم المواد ٢٠٥، ٢٠٦، ٣٠٨، ٣٠٩ من القانون المدني ومذكرته الإيضاحية. لمـا كـان ذلك، وكان البين مـن مطالعـة عقـدي المقاولـة مـن البـاطن المـؤرخين ١٩٨٢/٢/١٣، ١٩٨٤/١/٢٩ المبرمين بين المستأنف عليهما أنهما خلـيا مـن التزام المستأنف عليها الثانية كمقاول من الباطن قبل المـستأنف (رب العمـل) بضمان الأعمال المكلفة بها من المستأنف عليها الأولى ومـن ثـم فـلا يملـك المستأنف على هدى القواعد السابق تبيانها أن يرجع على المستأنف عليها الثانية مباشرة بضمان هذه الأعمال. وكانت الدعوى الراهنة قد رفعها المستأنف باسمه شخصياً على المستأنف عليها الثانية وليس بإسم المستأنف عليها الأولى (المقاول الأصلي) بصفته نائباً عنها بطلب إلزامها بأن تؤدى إليه شخصياً المبلغ المطالب به بالتضامن مع المستأنف عليها الأولى فإنها على هذه الصورة لا تعد دعـوى غير مباشره من المستأنف (رب العمل) قبل المستأنف عليها الثانية كمقاول مـن الباطن وفق نص المادتين ٣٠٨، ٣٠٩ من القانون المـدني الكـويتي والتـي

بموجبها يدخل ما قد يحكم به في الدعوى في ذمة المدين المقاول الأصلي المستأنف عليها الأولى ولا يستأثر به الدائن المستأنف. ولما تقدم فإن دعوى المستأنف قبل المستأنف عليها الثانية تكون فاقدة أساسها القانوني حرية بالرفض. (الطعن رقم ٠٠٤١ لسنة ٣٦ مكتب فني ٢١ صفحة رقم ١٠٦٨ بتاريخ ٢٣-٠٦-١٩٧٠).

٨-١-٤-٥ المسئولية نحو الغير:-

ودعوى الضمان، تقوم على المسئولية العقدية فيما بين رب العمل من جهة والمهندس أو المقاول من جهة أخرى . أما بالنسبة إلى الغير، فليست هناك رابطة عقدية ، فإذا انهدم البناء مثلاً، وأصاب أحد المارة بضرر، كان للمضرور أن يرجع بالتعويض على حارس البناء (رب العمل) بموجب المسئولية التقصيرية الناجمة عن حراسة البناء، وهى مبنية على خطأ مفترض . وكان للمضرور أيضاً أن يرجع بالتعويض على المقاول أو المهندس، ولكن بشرط أن يثبت في جانب المسئول خطأ تقوم عليه المسئولية التقصيرية.

وتتقادم دعوى المسئولية التقصيرية من الغير قبل المهندس أو المقاول، أو قبل رب العمل، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بحصول الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع (م١٧٢/١ مدني مصري) " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٦٥".

٨-١-٤-٦ تأثير القوة القاهرة على الضمان :-

إن القواعد العامة تقضى بأن الالتزام بالضمان ينتفي إذا أثبت المقاول أو المهندس أن تهدم البناء أو وجود العيب يرجع إلى قوة قاهرة وهو لا ينفي بذلك وقوع الخطأ وإنما ينفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر" السنهوري الوسيط ص١٧٢" .

وتعتبر القوة القاهرة أمراً مرادفاً للحادث المفاجئ ، فكلاهما شيء واحد . وتؤكد محكمة النقض بأن توافر القوة القاهرة ينقضي بها التزام المدين من المسؤولية العقدية وتنتفي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسئولية التقصيرية فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين . ويجب لإعتبار الحادث قوة قاهرة عند عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه ، وتقدير ما إذا

كانت الواقعة المدعي بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع ، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

وتقدير القاضي للحادث يكون على ضوء ظروف الزمان والمكان التي وقع فيها من جهة وعلى ضوء مدى إمكان توقعه من خلال الدراسات والتقدم المعماري الحديث من جهة أخرى . فإذا كان من الممكن باعتبار الزلازل والغارات الجوية من قبيل القوة القاهرة إلا أن الأمر يمكن أن يختلف بصدد الظواهر الطبيعية مثل هطول الأمطار والعواصف . فهذه يمكن التنبؤ بها على ضوء التقدم العلمي المعاصر ومن ثم لا تعتبر قوة قاهرة إلا إذا خرجت عن التوقع وكان من المستحيل دفعها . لذلك قضى بأنه لا يعتبر قوة قاهرة تقلب الجو تقلبا معتاداً يكون من شأنه إحداث تمدد أو تقلص في البناء . (د. محمد حسين منصور – المسئولية المعمارية – ص ١٠٩).

٨-٢ التزامات رب العمل :-

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كنا قد استعرضنا في هذا الفصل سابقاً إلتزامات المقاول فلابد و في المقابل أن نحدد إلتزامات رب العمل نحو المقاول في نفس الوقت. وتتلخص إلتزامات رب العمل تجاه المقاول في إلتزامات نستعرضها تباعاً في هذا الجزء من الفصل وهي :-

١- تقديم مستندات تعاقدية للمقاول يمكن الاعتماد عليها .

٢- تمكين المقاول من إنجاز العمل وإنهائه .

٣- تسلم واستلام العمل بعد الانتهاء منه وانجازه .

٤- دفع الأجر المتفق عليه في العقد .

٥- أن تكون الخطة الموضوعة موافق عليها من الجهات التي لها الصلاحية ولها القدرة على التنفيذ .

٦- توزيع المسئوليات بوضوح في المراحل التالية وأن يوجد هناك من يعهد إليه بالمسئولية ويمكن مراجعته ومحاسبته وعليه متابعة الأمور التي كان مسئولاً عنها و أن يعهد بهذه المسئوليات إلى عناصر أو جهات قادرة على الوفاء بهذه الالتزامات ولها القدرة على الإنجاز الجيد.

٧- وضوح المسئوليات وتحديد المسئول عن هـذه المـسئوليات المختلفـة ووجود الضمانات الكافية فيما يتعلق بالتمويل اللازم للمقاولـة والمؤسـسات أو التنظيم الهيكلي الذي سوف يقوم بمتابعة العمل.

٨- تحديد أهداف المشروع والإطار الزمني للإنجاز وكـذلك المطالبـات المالية والجودة المتوقعة ويجب أن يوضع هذا بشكل واضح وبعد هـذا يؤخـذ كمرجعية يرجع إليها للمقارنة بين ما يحدث مستقبلاً أو لتحديـد مـا إذا كـان المشروع يؤدي الأهداف التي أنشئ من أجلها ومدى جدواها.

إلا أنه و قبل بيان تلك الالتزامات التي تقع على عاتق رب العمل لابد مـن بيان مدى مسئولية رب العمل عن إعداد المستندات التعاقدية.

حيث إن المستندات التعاقدية في العادة يقدمها رب العمل للمقـاول للتعاقـد على أساسها وأن رب العمل هو الذي عهد بإعدادها إلى جهة من طرفه سـواء عن طريق التعاقد مع جهة خارجية كأن يقوم رب العمل بالتعاقد مع استـشاري لإعداد هذه المستندات والتي بعد الانتهاء منها تعود ملكيتها إلى رب العمل الذي هو بدوره يقوم بطرحها أو أن هذه المستندات قد تم إعدادها بواسطة رب العمل أو التابعين له كأن يعدها الموظفين التابعين له وقد اتفق القضاء الأنجلوسكسوني على مسئولية رب العمل حيث إنه هو الذي قدمها للمقاول وفي حالـة حـدوث عيوب فيها على المقاول توضيح هذه العيوب حتى تتجـز الأعمـال و تـؤدى الغرض الذي أنشئت من أجله، وحتى لا يتحمل المقاول تكاليف إضافية نتيجـة لذلك فإن له أن يرجع بها على رب العمل وبالطبع لرب العمل الحـق فـي أن يرجع بهذه الأضرار على المسئول عنها أصلاً و الـذي يكـون فـي العـادة الاستشاري وهذا يكاد يكون قاعدة مستقرة في قطاع التشييد .

حالة عملية :

تتعلق هذه الحالة بعقد بين رب عمل ومقاول والذي أوضحت فيه المستندات التعاقدية أن خطوط تمديد التليفونات تكون في حدود خمسين ، إلا أنه بعد البدء في العمل اكتشف المقاول أنه محتاج لأعمال أكبر من ذلك بكثير لإدخال خطوط التليفونات واحتج رب العمل على أن من مسئولية المقاول أن يتحقق مـن هـذه الأعمال قبل توقيع العقد إلا أن القضاء الأمريكي أقر بأن هناك مسئولية علـى رب العمل أن يقدم للمقاول مستندات سليمة يمكنه الاعتماد عليها وأقرت بحـق المقاول في التعويض عن الأعمال الإضافية.

Owner awarded a contract for construction of a water pumping station. The drawings indicated the presence of an electrical pole 50 feet from the structure but failed to indicate that no telephone service could be made available from that pole.

In order to bring in a telephone cable, Contractor was forced to dig an 11,000-foot trench. Contractor sought additional compensation. Owner relied on contract language stating that utility locations were only approximate.

The Appeals Court of Massachusetts ruled that Owner extended an implied warranty that the plans and specifications were accurate and complete. The failure to indicate that no telephone service was available from the pole rendered the contract documents incomplete. Therefore, Owner breached the implied warranty.

Richardson Electrical Co. Inc. v. Peter Franchese & Son, Inc.

484 N.E.2d 108 (Mass.App. 1985)

حالة عملية:

المسئولية المشتركة بين رب العمل و المهندس الذي أعد المستندات:-

تتعلق هذه الحالة بمدى مسئولية المهندس عما أعده من مستندات ومسئولية المالك الذي قام بطرح هذه المستندات للمقاولين ومدى الضمان الذي يقدمونه عن سلامة هذه المستندات وأنها تؤدي الغرض الذي أعدت من أجله والمستقر في معظم المحاكم الأمريكية هو أن المهندس مسئول على أن يأخذ العناية اللازمة المطلوبة من المهندس العَادي الذي هو في مثل خبرته وأن الأصل في إعداد هذه المستندات هو أنها إلتزام بتحقيق نتيجة وليس إلتزام ببذل عناية وأنه على الرغم من هذا فإن النتيجة المفروضة من الرسومات هو أن يقوم المنشأ باستيفاء الغرض الذي أنشئ من أجله ففي هذه القضية أعد المهندس المستندات وهي متعلقة بمشروع مجاري وفي خلالها يتعهد المهندس بإنشاء طريقة معينة بحيث تعطي مستوى تنقية معين وبعد أن أنشأ المقاول هذه المحطة وفقاً للرسومات المقدمة من المهندس والتي استلمها المقاول من رب العمل كانت نسبة التنقية

مخالفة للمطلوب ويرى المقاول أن كل من رب العمل والمهندس مسئولين عن هذا الخطأ في التصميم وقد دافع المهندس بأن من مسئوليات المقاول وفقاً للعقد مراجعة هذه المستندات والتأكد من سلامتها وأنه بذلك يخلي مسئولية المهندس إلا أن المحكمة لم تؤيد ذلك حيث أن هناك خطأ في التصميم فإنه لا يمكن أن يعفي نفسه من خطئه في التصميم في الشروط التعاقدية التي أعدها، إن العقد الذي وصفه المهندس وألقى فيه المسئولية عن أخطائه على المقاول حيث أنه لم يكشفها ولم يقدم النصيحة لا يعتد به.

The Appellate Court of Illinois ruled that all owners extend an implied warranty to contractors that the plans and specifications are accurate, complete, and suitable for the completion of the project. The A/E in turn assumes a duty to prepare design documents that meet this standard. These fundamental obligations cannot be disclaimed or shifted to the contractor. The language in the contract was unenforceable.

W. H. Lyman Construction Co. v. Village of Gurnee,

403 N.E.2d 1325 (Ill.App. 1980).

٨-٢-١ تمكين المقاول من إنجاز العمل :-

التزام رب العمل بأن يبذل ما في وسعه لتمكين المقاول من إنجاز العمل: يلتزم رب العمل بأن يبذل كل ما في وسعه لتمكين المقاول من البدء في تنفيذ العمل، ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه ، فإذا كان المقاول في حاجة إلى رخصة للبناء للبدء في العمل، وجب على رب العمل أن يحصل له عليها في الميعاد المناسب حتى لا يتأخر البدء في تنفيذ العمل، وكذلك الحكم في جميع الترخيصات الإدارية الأخرى التي يكون العمل فى حاجة إليها (د. محمد لبيب شنب أحكام عقد المقاولة - فقرة ١٢٥ ص١٤٩) (السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ص١٨١-١٨٢" .

ولقد قضت محكمة النقض بأن تأخر رب العمل في الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والتنفيذ حتى يتم إنجازه هو إخلال بإلتزامه التعاقدي ومن ثم يعتبر في ذاته خطأ موجباً للمسئولية لا يدرؤها عنه إلا إثبات قيام السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه (نقض مدني أول يونيو ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٣ رقم ١٦٦ ص ١٠٦٢).

وإذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التي تستخدم في العمل أو بتقديم الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز العمل، وجب عليه أن ينفذ ما تعهد به، وأن يقدم المواد والآلات والمعدات في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب، حتى يتمكن المقاول من البدء في تنفيذ العمل أو من المضي في تنفيذه (د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ١٢٥ ص١٤٩) وإذا كان العمل يجب أن يتم وفقاً لمواصفات أو رسومات أو بيانات يقدمها رب العمل، وجب على هذا تقديمها في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب . بل إذا كان العمل يحتاج إلى تدخل رب العمل الشخصي. وجب عليه أن يقوم بذلك في الوقت المتفق عليه أو في الوقت الذي يتطلبه العمل وفقاً لعرف الصنعة(د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ١٢٥ ص١٤٩) إذا أخفى رب العمل عن المقاول أمراً من شأنه أن يجعل العمل أكثر صعوبة كان مسئولاً عن ذلك (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٨٦).

ويلتزم رب العمل، إلى جانب ذلك، بترك المقاول ينجز العمل، فلا يقيم أمامه عقبات في سبيل ذلك، ولا يسحب منه العمل بعد أن عهد به إليه إلا لسبب مشروع، فهو لا يستطيع أن يرجع بإرادته وحده عن العقد ويتحلل منه إلا في الحدود وطبقاً للشروط التي عينها القانون " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٨٢-١٨٣ ".

إلا أن لرب العمل – في عقد المقاولة – أن يتحلل بإرادته المنفردة من العقد ، ؤ يوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات و ما أنجزه من الأعمال ، و ما كان يستطيع كسبه لو أتم العمل .

٨-٢-١-١ جزاء عدم الالتزام:-

فإذا لم يقم رب العمل بالتزامه وأراد المقاول أن يطلب التنفيذ عيناً ، كأن يحضر على نفقة رب العمل المواد والآلات والمهمات اللازمة بترخيص من القضاء، كان له ذلك. وإذا كان تدخل رب العمل الشخصي ضرورياً، جاز أن يلجأ المقاول إلى طريقة التهديد المالي. وللمقاول في جميع الأحوال أن يطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم قيام رب العمل بالتزامه، أو من جراء تأخره في القيام به" السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٨٣".

ويجوز للمقاول أخيراً أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتض، وللمحكمة أن تقدر هذا الطلب، فإذا رأت مبرراً له قضت بفسخ العقد والتعويض، وإلا أمهلت رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ" السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص١٨٤".

٨-٢-٢ تسلم العمل :-

تنص المادة ٦٥٥ من التقنين المدني المصري على أنه: (متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه) .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة٦٢١ في التقنين المدني العراقي المادة ٨٧٣- ٨٧٤ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٧٠ وفى التقنين المدني الكويتي المادة ٦٧٢ وفي التقنين المدني الأردني المادة٧٩٢ في التقنين المدني الليبي المادة ٦٥٤.

حيث يلتزم رب العمل بتسلم العمل من المقاول بعد إنجازه والتسليم هنا ليس معناه التسليم المادي فقط أو التسليم بمعناه المألوف بل يجب أن يتعداه إلى قبول العمل والموافقة عليه بعد فحصه وهو ما يستوجبه عقد المقاولة حيث تقع على عمل لم يكن موجوداً وقت التعاقد الأمر الذي يستلزم تأكد رب العمل من مطابقة ذلك العمل لأصول الصنعة أو الشروط المتفق عليها. و إذا وقع خلاف بين الطرفين حول ما إذا كان العمل موافقاً أو غير موافق بالمعنى المتقدم جاز لأيهما أن يطلب ندب خبير فني مختص على نفقته لمعاينة العمل و تقديم تقرير بما ينتهي إليه في هذا الصدد. .

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٦٧)

رب العمل ملزم بتسلم العمل بعد إنجازه متى وضعه المقاول تحت تصرفه. و يكون التسليم و التسلم في موطن المقاول أو في مركز أعماله لأن العمل الذي تم يدخل غالباً ضمن هذه الأعمال .

وإذا امتنع رب العمل دون سبب مشروع عن معاينة العمل وتسلمه رغم دعوته إلى ذلك، اعتبر أنه قد تسلمه وموافق عليه.و للمقاول بدلاً من طلب إرغام رب العمل على التسلم أن يطلب فسخ عقد المقاولة ، و سواء طلب التنفيذ

العيني أم الفسخ له أن يطالب بتعويض ما لحقه من ضرر بسبب إخلال رب العمل بالتزامه بتسلم العمل.

النتائج التي تترتب على التسليم:

١- تنتقل ملكية الشيء المصنوع ، إذا كان المقاول هو الذي ورد المادة التي استخدمها في العمل ، إلى رب العمل من وقت التقبل.

٢- يستحق دفع الأجر عند تقبل العمل ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك .

٣- ينتقل تحمل تبعة العمل من المقاول إلى رب العمل من وقت التسلم أو التقبل.

٤- من وقت التقبل لا يضمن المقاول العيوب الظاهرة التي كان يمكن كشفها بالفحص العادي . و من هذا الوقت أيضاً تسري المدة القصيرة التي يقضي بها عرف الصناعة في ضمان العيوب الخفية . " د. محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاولة - ص ١٨١".

حالة عملية:

تنص المادة ٦٧٢ من القانون المدني الكويتي على أنه (متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل وأخطره بذلك ، وجب على رب العمل أن يبادر إلى تسلمه وفقاً للمألوف في التعامل فإذا امتنع دون سبب مشروع اعتبر أن التسليم قد تم) مفاد ذلك أن رب العمل ملزم بتسلم العمل بعد إنجازه متى وضعه المقاول تحت تصرفه دون عائق من الاستيلاء عليه، وعليه قبول هذا العمل والموافقة عليه بعد فحصه أو معاينته فإذا امتنع دون سبب مشروع عن معاينة العمل وتسلمه رغم دعوته إلى ذلك اعتبر أنه قد تسلمه ووافق عليه، وكان تقدير حصول التسليم على هذا النحو أو عدم حصوله، هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التي انتهت إليها. (حكم التمييز في الطعن ٨٧/٢٩٥ تجارى جلسة ٨٨/٥/٨)

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٧٠) الحراسة و السبب الأجنبي :

مسئولية وزارة الأشغال عن الأضرار الناتجة عن كسر فجائي في خطوط المجارى الصحية مسئولية أساسها الخطأ المفترض لحارس الأشياء طبقاً لنص المادة ٢٤٣ من القانون المدني الكويتي.

سقوط الأمطار لا يصدق عليه وصف السبب الأجنبي الذي يدرأ المسئولية عن حارس الأشياء ولا تنقطع به علاقة السببية بين فعل المنهل الصحي المنهار والتلفيات التي لحقت بالمضرور. (حكم محكمة الاستئناف الطعن رقم ٩٩/١٣٣٣ مدني/٢ بجلسة ٢٠٠٠/٦/١٩)

٨-٢-٣ دفع الأجر المتفق عليه:

يعتبر الأجر ركن من أركان عقد المقاولة و لابد من وجوده ، إلا إذا كان العقد من عقود التبرع ، فلا يعتبر مقاولة بل يكون عقدا غير مسمى. كما أنه ليس من الضروري أن يكون هناك اتفاق صريح على مقدار الأجر في عقود المقاولة. "أحكام عقد المقاولة ص١٨٨".

وتنص المادة ٦٥٩ من التقنين المدني المصري على أنه : (إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول) ولقد ورد هذا النص في المادة ٨٨٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: " إذا لم يحدد الثمن سلفاً،أو حدد على وجه تقريبي ، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول"

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى التقنين المدني الكويتي المادة ٦٧٨، التقنين المدني السوري المادة ٦٢٥، التقنين المدني الليبي المادة ٦٥٨، تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٣٢ وفي التقنين المدني الأردني المادة ٧٩٦.

٨-٢-٣-١ توابع دفع الأجر :-

حالة عدم الاتفاق على قيمة الأعمال:

إذا لم يتفق رب العمل والمقاول على مقدار الأجر فقد رأينا أن القانون قد تكفل بتعيين وتحديد مقدار الأجر حيث قررت المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري المشار إليها – أن تحديد مقدار الأجر في هذه الحالة يقوم على أساسين الأول قيمة العمل الذي أقامه المقاول وما تكبده من نفقات في إنجازه ، و يدخل في الحساب طبيعة العمل فقد يكون عقدا في حاجة إلى مهارة فنية كبيرة . كما يدخل في الحساب كمية العمل و الوقت الذي استغرقه انجازه و مؤهلات المقاول و كفايته الفنية. " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ص ١٩١"

وتعيين القاضي مقدار الأجر على هذا النحو هو فصل في مسألة موضوعية فلا رقابة عليه لمحكمة النقض (د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد الماولـــة – فقره ٥٦ ص ٧١).

حالة عملية من القضاء الأنجلوسكسوني :

في حالة عدم الاتفاق علي قيمة الأعمال فإنها لا تقدر بالقيمة السوقية للعمل المنجز لكن حسب ما أنفق المقاول في إنجاز الأعمال مع هامش ربح معقول.

تتعلق هذه الحالة برب عمل ومقاول لم يتفقا على السعر المتوقع للأعمـــال وقام المقاول بالبناء وفقاً لطلبات رب العمل وتحت إشرافه إلا أنهما اختلفا فيمـــا يتعلق بقيمة الأعمال المنفذة فرفض رب العمل دفع المبلغ الذي طالب به المقاول نظير الأعمال التي أنجزها حيث إن القيمة السوقية للأعمال التي أنجزها المقاول نظراً للانخفاض الذي حدث في سوق العقار أقل بكثير مما يطالب به المقـــاول عن هذه الأعمال إلا أن المقاول قد قدم مستندات وافية تشير إلى مقدار الكلفـــة التي تحملها إلى جانب حقه في هامش ربح معقول ولقد أقرت المحكمة موقـــف المقاول حيث إن حساب القيمة السوقية للأعمال في حالة الخلاف لا تتوقف على القيمة السوقية للعمل المنجز سواء بالزيادة أو النقصان لأن التغيرات في أسعار العقارات والتقلبات الإقتصادية لا تؤثر في سعر المقاولة.

Value of builder's work not represented by market value of house

Horwood Lumber (1974) Limited & Thorne Riddell Inc.

The judges' remarks meant, in the opinion of the Court of Appeal, that "... the contractor is entitled to the cost plus fair profit margin of necessary work actually performed." The court felt that it would be unjust in the extreme to saddle Horwood (the contractor) with the effects of a deflated real estate market …

(1.6.03.L)

Supreme Court of Newfoundland

Court of Appeal

Mifflin, C.J.N., Gushue & Mahoney, JJ.A

January 29, 1985

٨-٢-٣-٢ فوائد الأجر أو توابعه:-

أما فوائد الأجر فتسرى في شأنها القواعد العامة، فلا تكون هـذه الفوائـد مستحقة في ذمة رب العمل إلا من وقت المطالبة القضائية بها (م ٢٢٦ مـدني مصري) والمادة ٣٠٦ مدني كويتي. ولا شأن لتسليم العمل في ذلك، فقد تستحق الفوائد قبل تسليم العمل إذا كان الأجر مستحقاً قبل التسليم وطالب المقـاول بـه وفوائده مطالبة قضائية، وقد تستحق الفوائد بعد تسليم العمل، إذا لم يطالب بهـا المقاول مطالبة قضائية إلا بعد التسليم . على أنه إذا كان المقاول هو الذي قـدم المادة التي استخدمت في العمل وكان للمادة قيمة محسوسة فيكون العقد في هذه الحالة مزيجاً من المقاولة والبيع، وتقع المقاولة على العمل وتنطبـق أحكامهـا عليه، ويقع البيع على المادة وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها . ويترتب على ذلك أن الجزء من الأجر المقابل للمادة يعتبر ثمناً لها، وتسرى على فوائده القواعـد المقررة بالنسبة فوائد الثمن .

وطبقاً لنص المادة ١/٤٥٨ من القانون المدني المصري (لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشيء المبيع وكان الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بغيره) ويستخلص من ذلك. أن للمقاول الحق في فوائد الجزء من الأجر المقابل للمادة التي قدمها من وقت إعذار رب العمل بـدفع الأجـر المـستحق وفوائده ولا ضرورة للمطالبة القضائية، أو من وقت تسليم المادة المصنوعة إلى رب العمل " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص٢٠٢ ".

٨-٢-٣-٣ مقدار الأجر المتفق عليه لا يجوز تعديله :-

فى الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على مقدار الأجر أو على الأسس التي يقوم عليها التقدير، لا يجوز تعديل الأجر المتفق عليه بالزيادة أو بالنقـصان إلا باتفاق الطرفين، ولا يجوز لأحد منهما أن يستقل بالتعديل، وذلك وفقاً للقواعـد العامة المقررة في نظرية العقد (م١٤٧ مدني مـصري والمـادة ١٩٦ مـدني كويتي) (د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ١٢٩ ص١٥٤). و يختلف أجر المقاول في ذلك عن أجر الوكيل ، فأجر الوكيـل خاضـع لتقـدير القاضي و لو كان المقدار متفقاً عليه بين المتعاقدين ، فيكون العقد مقاولة فيمـا يتعلق بالأعمال المادية و وكالة فيما يتعلق بالتصرفات القانونية و من ثم تطبـق أحكام المقاولة و أحكام الوكالة فيجوز تخفيض الأجر في الجزء المتعلق بأعمال

الوكالة دون الجزء المتعلق بأحكام المقاولة. " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ص ١٩٣".

٨-٢-٣-٤ إستثناءات ثلاثة يجوز فيها تعديل الأجر:-

(أ) الاتفاق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، فتجوز زيادة الأجر بشروط معينة إذا اضطر المقاول إلى مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة (م ٦٥٧ مدني مصري) .

(ب) الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين فلا تجوز زيادة الأجر إلا إذا حصل في التصميم تعديل أو إضافة وكان ذلك راجعاً إلى خطأ رب العمل، أو إلا إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة (م ٦٥٨ مدني مصري) .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة٦٢٤ في التقنين المدني العراقي المادتين ٨٧٧-٨٧٨ وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٧٥ وفي التقنين المدني الكويتي المادتين ٦٩٠-٦٧٩ وفي التقنين المدني الليبي المادة ٦٥٧.

ومفاد نص المادة ٦٧٩ من القانون المدني الكويتي وعلي ما أوردته المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه لا يكون لإرتفاع تكاليف العمل أو إنخفاضها أثر في مدي الالتزامات التي يرتبها العقد، فلا يجوز للمقاول عند إرتفاع هذه التكاليف أن يطالب بزيادة في المقابل، كما لا يجوز لصاحب العمل عند إنخفاض هذه التكاليف أن يطالب بإنقاص المقابل، وذلك دون إخلال بأحكام نظرية الظروف الطارئة، التي تنص عليها المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي. (الطعن بالتمييز ٢٢٥ / ٩٠ تجاري جلسة ١٥ – ٣ – ١٩٩٢).

(ج) أجر المهندس المعماري، يجوز إنقاصه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه(م ٦٦٠ مدني مصري)

– ولا يعد استثناء أن يخفض الأجر بسبب فسخ العقد قبل إنجاز العمل. كأن يتحلل رب العمل من المقاولة طبقاً لأحكام المادة ٦٦٣مدني مصري أو ينتهي عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد طبقاً لأحكام المادة ٦٦٦ مدني مصري ، ففي هذه الأحوال يخفض الأجر بما يجعله مناسباً لما أنجز من العمل كما سنرى.

وقد نصت المادة ٦٧٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد على ما يأتي:(إذا انقطع العمل بسبب ليس له علاقة بمشيئة الفريقين ، فلا يحق للصانع أن يقبض من الأجرة إلا ما يناسب العمل الذي أتمــه، مــع الاحتفــاظ بتطبيق المادة ٦٧١ مدني مصري المتعلقة بهلاك المواد التي قدمها- فنستعرض هذه الأحوال الثلاثة متعاقبة، لنبين في أية صورة من صور كل منها يجوز زيادة الأجر أو إنقاصه) " السنهوري - الوســيط فــي شــرح القــانون المــدني - ص٢٠٤-٢٠٥ " .

ويقابل نص المادة ٦٦٠ مدني مصري في التقنينات العربية الأخرى : فــي التقنين المدني السوري المادة ٦٢٦ وفي التقنين المدني العراقي ٨٨١ المادة ، و في التقنين المدني الليبي المادة٦٥٩ وفي التقنين المدني الأردني المادة ٧٩٧.

ويقابل نص المادة ٦٦٣مدني مصري في التقنينات العربية الأخرى : فــي التقنين المدني السوري المادة ٦٢٩ وفي التقنين المدني العراقي المــادة ٨٨٥ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٣٤ وفي التقنين المــدني الكــويتي المادة ٦٨٥ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٠٢.

كما يقابل نص المادة ٦٦٦ مدني مصري في التقنينات العربية الأخــرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٣٢ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٨٨٨ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٤٣ وفي التقنين المدني الكــويتي المادة ٦٨٦ و في التقنين المدني الأردني المادة ٨٠٤.

و يقابل المادة٦٧١ في التقنينات العربية الأخرى : فــي التقنــين المــدني السوري المادة٦٣٧-٦٣٨ وفي التقنين المدني العراقي المادة ٨٩٥-٨٩٦ .

ونستعرض الأحوال الثلاثة كما يلي :-

١- الاتفاق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة :-

تنص المادة ٦٥٧ من التقنين المدني المصري على أنه (١- إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة وتبين في أثناء العمل أن مــن الــضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة، وجــب علــى المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات.
٢- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المقــاول

قيمة ما أنجزه من الأعمال ، مقدرة وفقاً لشروط العقد ، دون أن يعوضه عمـا كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل).

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٧٨ من المشروع التمهيدي علـى الوجـه الآتي:

١- إذا أبرم العقد على أساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين في أثناء العمـل أنه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة ، وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن. فإن لم يفعل ، سقط حقـه فـي استرداد ما جاوز قيمة المقايسة من نفقات.

٢- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها التصميم جسيمة جاز لرب العمل بأن يتحلل من العقد، على أن يكون ذلك دون إبطاء مع إعطاء المقاول التعويـضات المنصوص عليها في المادة ٨٨٥ مدني مصري إلا ما تعلق منها بما فاته مـن كسب.

و إذا أبرم عقد بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة، وتبين في أثناء العمـل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايسة المقررة مجاوزة محسوسة، وذلك لأن النص الأصلي قد ينـصرف معنـاه إلـى أن المقـصود بالمجاوزة المقررة مجاوزة السعر الوارد في المقايسة ، مع أن المقـصود هـو حالة مجاوزة الكم لا السعر ، مع تعويض المقاول عن جميع مـا أنفقـه مـن المصروفات وما أنجزه من الأعمال دون أن يعوضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل ، وذلك حتى يقتصر إلتزام رب العمل على الوفاء بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقاً لشروط العقد ، دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة مـن مصروفات أنفقها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايسة، فـالأمر إذن لـم يسفر إلا عن تنفيذ المقاولة تنفيذاً جزئياً.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٦٢٣، وفى التقنين المدني الليبي المادة٦٥٦ ، وفى التقنين المدني العراقي المادة ٨٧٩ ، لا مقابل له في تقنين الموجبات والعقود اللبناني. ولكـن النص كما قدمنا لا يخرج على القواعد العامة. " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص٢٠٥".

شروط انطباق النص :-

(الشرط الأول) أن يكون الأجر في المقاولة متفقاً عليه بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ، فإذا كان مقدار الأجر غير متفق عليه أصلاً، أو كان متفقاً عليه ولكنه كان أجراً إجمالياً على أساس تصميم معين، فإن النص لا ينطبق .

(الشرط الثاني) مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفاً وقت العقد . والمقصود بمجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة مجاوزة كميات الأعمال المقدرة في المقايسة، لا مجاوزة أسعارها . فإذا ورد في المقايسة مثلاً كميات معينة للأعمال الخاصة بالأساس، ثم رأى المقاول عند حفر الأساس أنه يجب تعميقه أكثر مما قدر في المقايسة وأن هذا التعميق يقتضي كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد في المقايسة، فتلك هي المجاوزة المحسوسة التي يقتضيها الشرط الثاني . أما إذا كانت المجاوزة متعلقة بالأسعار فلا يعتد بها، والعبرة بالأسعار الواردة في المقايسة إذ المفروض أنها وضعت بعد أن دخل في الاعتبار كل الاحتمالات المعقولة لتغير الأسعار، ومن الممكن النص صراحة على ربط هذه الأسعار بأسعار السوق الفعلية فيما إذا زادت هذه الأسعار الأخيرة أو نقصت بنسبة معينة . وعلى كل حال لا يقام لزيادة الأسعار الفعلية عن الأسعار الواردة في المقايسة وزن إلا في حدود نظرية الظروف الطارئة مطبقة في مبدأها العام، لا في صورتها الخاصة الواردة في الحالة الثانية المتعلقة بالاتفاق على أجر إجمالي للمقاولة على أساس تصميم معين .

ولا يكفي أن تكون الزيادة محسوسة بل يجب أيضاً ألا تكون متوقعة وقت إبرام عقد المقاولة ، فإذا كانت المجاوزة متوقعة عند إبرام عقد المقاولة أو كان من الممكن توقعها ، زاد الأجر بمقدار هذه المجاوزة و لا خيار لرب العمل. " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ص ١٩٨"

(الشرط الثالث) أن يخطر المقاول بمجرد علمه بالزيادة رب العمل بذلك وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٦٥٧ مدني مصري في هذا المعنى " وجب على المقاول أن يخطر في الحال رب العمل بذلك " ولم يشترط النص شكلاً للإنذار أو ميعاداً معيناً يجب أن يتم فيه " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص٢٠٧-٢٠٨-٢٠٩".

فإذا لم يخطر المقاول رب العمل بالمجاوزة أو أبطأ في إخطاره دون مبرر أو لم يذكر في الإخطار مقدار ما يتوقعه من الزيادة أو في القليل الأسس التي

تقوم عليها المجاوزة المتوقعة ، سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايسة من نفقات و بقي الأجر كما جاء في المقايسة دون تعديل ، وذلك بالرغم من وقوع مجاوزة محسوسة لما هو مقدر في المقايسة. " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ص١٩٩ ".

ما يترتب على توافر الشروط الثلاثة :–

فرضان :

الفرض الأول – المجاوزة غير جسيمة :

لم تتعرض المادة ٦٥٧ مدني مصري سالفة الذكر لهذا الفرض صراحة، ولكن مفهوم المخالفة من نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة يستخلص منه أن رب العمل لا يستطيع أن يتحلل من عقد المقاولة بسبب المجاوزة المحسوسة غير الجسيمة، وبأنه تجب زيادة الأجر بما يتناسب مع هذه المجاوزة، شاء رب العمل أو أبى .

وتقدير ما إذا كانت المجاوزة المحسوسة جسيمة فتجيز لرب العمل التحلل من المقاولة كما سيأتي، أو غير جسيمة فيبقى رب العمل مقيداً بالمقاولة مع زيادة الأجر الزيادة المناسبة كما سبق القول، مسألة واقع يبت فيها قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض . فإذا تبين مثلاً أن المجاوزة هي ١٠% من الأعمال التي كانت مقدرة في المقايسة، فالغالب أن قاضي الموضوع لا يعتبر هذه المجاوزة جسيمة، ويقضى بزيادة الأجر ١٠% عما كان مقدراً في المقايسة . ويبرر زيادة الأجر في الفرض الذي نحن بصدده أن الزيادة عادلة إذ لها ما يقابلها، وهى بعدُ غير مرهقة لرب العمل إذ هي زيادة غير جسيمة .

الفرض الثاني :–المجاوزة جسيمه :

وطبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٧ مدني مصري فإن رب العمل يكون له الخيار بين أمرين :–

الأمر الأول : أن يبقى مقيداً بالمقاولة ويطلب من المقاول إتمام العمل مع زيادة الأجر بما يتناسب مع الزيادة المحسوسة أو الجسيمة.

الأمر الثاني : أن يتحلل رب العمل من المقاولة إذا رأى أن الزيادة مرهقة له ويطلب من المقاول وقف العمل دون إبطاء ولكن يجب عليه تعويض المقاول بسداد قيمة ما أنجزه من الأعمال مقدرة وفقاً لشروط العقد بدون أي تعويض. ولكن إذا أبطأ رب العمل في طلب وقف العمل إبطاء لا مبرر له ، كان للمقاول

أن يمضي في العمل و يفترض أن رب العمل قد اختار الأمر الأول أي إبقـاء المقاولة مع الزيادة في الأجر. " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولـة – ص ٢٠١".

٢- الاتفاق على إجمالي على أساس تصميم معين :-

تنص المادة ٦٥٨ من التقنين المدني المصري على أنه (١- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقـاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل، أو يكون مأذوناً به منه واتفـق مـع المقاول على أجرة .٢- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقـد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة . ٣- وليس للمقاول ، إذا ارتفعت أسـعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف أن يستند إلى ذلـك ليطلب زيادة في الأجر، ولو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عـسيراً . ٤- على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل مـن رب العمـل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحـسبان وقـت التعاقـد ، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد.)

وقد ورد هذا النص في المادة ٨٧٩ من المشروع التمهيدي علـى الوجـه الآتي:

١- إذا أبرم العقد بثمن حدد جزافاً على أساس تـصميم اتفـق عليـه رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الثمن،حتى لو حدث فـي هـذا التصميم تعديل أو إضافة ، إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل، أو يكون هذا قد أذن به واتفق مع المقاول على ثمنه .

٢- وليس للمقاول إذا ارتفعت أسعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملـة أن يستند إلى ذلك ليطلب زيادة في الثمن، حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعـل تنفيذ العقد عسيراً .

٣- ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قـد اتفق عليه مشافهة .

٤- على أنه إذا اختل التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول اختلالاً تاماً بسبب حوادث لم تكن منظورة وقت التعاقد، وانهار بـذلك

الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة في الثمن أو أن يأذن في فسخ العقد.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٦٢٤ وفى التقنين المدني الليبي المادة ٦٥٧ وفى التقنين المدني العراقي المادة ٨٧٧-٨٧٨- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٧٥ وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٦٩٠.

ويتبين من النص سالف الذكر أن له نطاقاً خاصاً في التطبيق، وفى هذا النطاق الخاص تكون القاعدة العامة هي عدم تعديل الأجر المتفق عليه، ومع ذلك فهناك فرضان إستثنائيان يجوز فيهما هذا التعديل. فنتناول بالبحث هذه المسائل المختلفة .

نطاق تطبيق النص:

هناك شروط ثلاثة يجب أن تتوافر في عقد المقاولة حتى يدخل في نطاق تطبيق نص المادة ٦٥٨ مدني مصري هي:-

أولاً- أن يكون الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي لا يزيد ولا ينقص. فإذا كان الأجر الإجمالي غير محدد تحديداً نهائياً ، كأن اتفق الطرفان في العقد على زيادة الأجر أو نقصه إذا تبين أن تكاليف العمل أقل أو أكثر مما كان مقدراً ، فالأجر لا يكون محددا إجمالا على وجه نهائي ، و من ثم لا يدخل هذا الفرض في نطاق تطبيق النص بل تسري في شأنه القواعد العامة فيزيد الأجر أو ينقص دون حاجة إلى اتفاق كتابي على تعديل التصميم و على مقدار الأجر. " د. محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاولة - ص٢٠٥ ".

ثانياً - أن تكون المقاولة على أساس تصميم متفق عليه وذلك حتى تتبين حدود العمل على وجه كامل ولا يلزم أن يتمثل في رسوم وإن كان هذا هو الغالب، ولكن يجب أن يكون وصفاً كاملاً يتضمن جميع الأعمال المطلوبة. فلو اشتمل على جزء منها على أن يستكمل فيما بعد لم تكن المقاولة جزافية، إذ يجب أن يكون التصميم كاملاً وقت إبرام المقاولة لا في وقت لاحق- استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ص٢٥٤ (د. محمد لبيب شنب - أحكام عقد المقاولة - فقرة ١٣٩ ص ١٦٥) وذلك حتى تكون المقاولة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقول النص (م٦٥٨/١ مدني) .ثم يجب أن يكون التصميم واضحاً، ومعنى الوضوح هنا أن يكون مفصلاً دقيقاً، فلا يكون

التصميم الذي لا يشتمل إلا على الخطوط الرئيسة للأعمال المطلوب إنجازها، أو إلا على مخطط تقريبي غير دقيق لهذه الأعمال، تصميماً واضحاً " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد لمقاولة – فقرة ١٣٩ ص ١٦٥ " ويجب أخيراً أن يكون التصميم نهائياً، فإذا احتفظ أحد الطرفين بحق إجراء تعديل في التصميم في أثناء تنفيذ المقاولة، سواء بالإضافة أو الحذف أو بالتغيير، فإن التصميم لا يكون نهائياً، ولا تكون المقاولة قد أبرمت على أساس تصميم معين متفق عليه كما يقضى نص القانون (استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٥٤) " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ١٣٩ ص١٦٥-١٦٦" . وإن كان بعض الفقهاء قد استثنى حالة ما إذا احتفظ رب العمل بإجراء تعديلات طفيفة قليلة الأهمية بالنسبة إلى مجموع الأعمال.

ثالثاً – أن يكون عقد المقاولة مبرماً بين رب العمل الأصلي والمقاول أما إذا أبرم بين مقاول أصلى ومقاول من الباطن ففيما بينهما لا تسري المادة ٦٥٨ مدني مصري وإنما تسري القواعد العامة. فلو اتفق مقاول أصلي مع مقاول من الباطن على أن يقوم الأخير بعمل على أساس تصميم معين متفق عليه بأجر إجمالي جزافي، فإن القواعد العامة هي التي تسري كما قدمنا، ويستطيع المقاول من الباطن أن يجرى تعديلاً في التصميم بعد موافقة المقاول الأصلي ولو موافقة ضمنية غير مكتوبة، ودون حاجة للاتفاق معه على الأجر الزائد في مقابل هذا التعديل، السبب في ذلك أن المادة ٦٥٨مدني مصري إنما وردت لتحمي رب العمل وهو عادة رجل غير فني قليل الخبرة عن المقاول وهو دائماً رجل فني واسع الخبرة، ولا تتوافر حكمة النص في العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن إذ هما يتساويان في المعرفة الفنية وفى الخبرة فيكفى في العلاقة بينهما أن تسرى القواعد العامة – ويلاحظ أن المادة ٦٥٨ مدني مصري، في فقرتيها الثالثة والرابعة الخاصتين بانهيار التوازن الاقتصادي، تسرى في العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، لأن العلة في استبعاد النص فيما يتعلق بتعديل التصميم وثبات الأجر ليست موجودة بالنسبة إلى انهيار التوازن الاقتصادي" السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص٢١٧-٢١٨-٢١٩-٢٢٠".

و لذلك فإن الأجر الإجمالي الجزافي الذي اتفق عليه الطرفان في عقد المقاولة لا يكون قابلاً للتعديل، لا بالزيادة ولا بالنقص- وذلك إلا إذا كان المقاول لم ينجز كل العمل وإنما أنجز بعضه، فلا يستحق الأجر إلا ما يناسب

قيمة ما أنجز من العمل (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٩٧. ومع ذلك قارن استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ص١٨٦) – وذلك حتى لو أدخل المقاول تعديلاً على التصميم، فلا يزيد الأجر بهذا التعديل بل يبقى كما هو، ولو كان التعديل هاماً نافعاً، بل ولو كان ضرورياً " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ١٤١ ص١٧٠– ص١٧١ " كذلك لا يزيد الأجر حتى لو زادت أسعار المواد الأولية أو زادت أجور العمال أو وقع حادث غير منتظر زاد في تكاليف الأعمال ، كما إذا تبين أن طبيعة الأرض تقتضي أعمالا أكثر كلفة أو زادت أجور نقل المواد الأولية أو أجور نقل العمال أو زاد سعر التأمين على بعض الأعمال المطلوبة . فاذا كانت التكاليف الفعلية أكثر من الأجر المتفق عليه لحادث غير منتظر أو لزيادة في الأسعار الأولية أو غير ذلك مما فصلناه سابقاً ، فان تبعة هذا كله يتحملها المقاول و لا شأن لرب العمل بها . و في نظير ذلك إذا كانت التكاليف الفعلية أقل بكثير من الأجر المتفق عليه فإن المقاول يتلقى الزيادة دون أن يرجع عليه رب العمل بتخفيض الأجر. " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ص ٢٠٨".

يقال عادة إن هذا الحكم ليس من النظام العام، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه. ويمثل لذلك بجواز أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمقاول الحق في القيام بأعمال لا يتضمنها التصميم إذا كانت هذه الأعمال ضرورية للتنفيذ وأن يتقاضى أجراً عليها ولو لم يأذن رب العمل صراحة بها ولم يتفق على أجرها– وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان المقاول قد اتفق على مقابل إجمالي للعمل الذي كلف به بعد معرفته كافة التفاصيل بالعمل، فلا يكون له وجه في المطالبة بأي زيادة . لأن عقد المقاولة يتضمن في الواقع إتفاقاً على بيع المواد الأولية للبناء وعلى أجرة الصانع لها، وليس للبائع أن يمتنع عن التسليم بحجة ارتفاع ثمنه بعد التعاقد على بيعه كما أنه ليس للصانع أن يمتنع عن عمل ما تعهد به بحجة ارتفاع مصاريف الصناعة. فإذا قام المقاول بعمل زائد بدون إذن من صاحب العمل، فإن المقاول يعتبر قابلاً إجراء العمل الزائد من غير أن يحتسب له ثمناً خاصاً (استئناف مصر ١٠يونيه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٧ ص٤١٢) .(وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٩ م١١ ص٢٣٥) ولكن عقد المقاولة في هذه الحالة يخرج عن نطاق تطبيق المادة ٦٥٨ مدني مصري. بل إن الأجر المتفق عليه لا تجوز زيادته حتى بطريق غير مباشر فلو أن المقاول وجد أنه من الضروري إدخال تعديل في التصميم كان من شأنه أن زادت تكاليف العمل على الأجر المتفق عليه، فإنه

لا يتقاضى إلا الأجر المتفق عليه، ولا يستطيع أن يرجع بزيادة التكاليف ولـو عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب، بحجة أن الأعمال التي تمت بعـد تعـديل التصميم قد زادت قيمتها عما كان مقدراً في التصميم قبل تعديله، إذ لو جاز ذلك لأمكن التحايل من هذا الطريق على خرق أحكام المادة ٦٥٨ مدني.

فالأجر الإجمالي الجزافي المتفق عليه لا تجوز إذن زيادتـه، ولـو عـدل المقاول التصميم أو زادت الأسعار أو الأجور على النحو الذي بسطناه .

و مع ذلك هناك فرضان إستثنائيان يمكن معهما زيادة الأجر :

(الفرض الأول) تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بنـاء علـى اتفاق معه. رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٦٥٨ مدني مصري لا تجيز زيادة الأجر الجزافي ولو حدث في التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجـره. فإذا حدث في التصميم تعديل أو إضافة و كان ذلك نتيجة حتمية لخطأ مـن رب العمل كأن قدم للمقاول معلومات خاطئة عن الأبعاد التي يريدها للبناء ، أو قـدم أرضا لا يملكها كلها فاضطر المقاول أن يهدم البناء في الجزء الذي لا يملكـه رب العمل و أن يعدل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التي يملكها رب العمل، فإن المقاول يكون قد عدل التصميم بخطأ من رب العمل . فـإذا كـان تعديل التصميم يستوجب زيادة التكاليف على المبلغ الإجمالي المتفق عليه فـإن هذه الزيادة يتحملها رب العمل لا المقاول لأنه هو الذي تسبب فيها بخطأه. " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ص ٢١٠".

(الفرض الثاني) زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول، وهذا الفرض تطبيق واضح في عقد المقاولة لنظرية الظروف الطارئة والتي تقوم على أربعة شروط هي:-

أولاً : أن يكون العقد متراخياً وهو شرط غالب لا شرط ضروري ، ولاشك أن هذا الشرط متوافر في عقد المقاولة، فهناك فترة من الزمن تفصل بين إبرام المقاولة وتنفيذها.

ثانياً : أن يقع بعد انعقاد العقد حوادث استثنائية عامة وهذا ما تنص عليـه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني مصري فيما رأينا إذ تقول :"علـى أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمـل والمقـاول بسبب حوادث استثنائية عامة..." ، ومثل الحوادث الاستثنائية العامة حـرب أو

إضراب مفاجئ أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو استيلاء إداري أو وباء ينتشر أو تشريع مفاجئ . ويجب أن تكون الحوادث عامة، أي غير خاصة بالمقاول وحده – وقد تكون الحوادث الاستثنائية موجودة وقت التعاقد ولكنها لم تكن معروفة من المقاول ولا متوقعة منه ولا يمكنه توقعها.مثال على ذلك أن يكون تحت الأرض المراد البناء عليها أطلال مدينة قديمة أو مجرى مياه جوفية، مما يستوجب وضع أساسات تزيد تكاليفها كثيراً عما كان مقدراً. فيعتبر ذلك حادثاً استثنائياً عاماً– وهو عام لأنه لا يخص هذا المقاول وحده بل يعم أي مقاول آخر يوكل إليه تنفيذ هذه المقاولة – لم يكن في الحسبان وقت التعاقد ، ويذهب الأستاذ محمد لبيب شنب إلى أن المادة ٦٥٨ مدني لا تنطبق هنا، لأن الحادث الاستثنائي كان موجوداً وقت التعاقد ولم يجد في أثناء تنفيذ المقاولة. ولكنه يجيز إبطال العقد لغلط في صفة جوهرية من صفات العمل محل المقاولة،فالعمل كان من الواجب إنجازه على أرض صالحة بطبيعتها للبناء ، ولكن تبين أن هذه الأرض لا يمكن البناء عليها إلا بعد تهيئتها لذلك بأعمال غير عادية . ويجوز لرب العمل أن يتلافى الإبطال بأن يدفع للمقاول زيادة في الأجر تتناسب مع زيادة النفقات، إذ لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية (د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقرة ١٤٥ص ١٧٦) .

ثالثاً : أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها وهذا أيضاً ما تنص عليه صراحة الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ " لم تكن في الحسبان وقت التعاقد . و يلزم أيضا أن يكون الحادث مما لا يستطاع دفعه ، فان الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعا أو غير متوقع. " د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – ص ٢١٤".

رابعاً : أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً . وهذا ما تعبر عنه الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ مدني بقولها " إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول .. وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة " السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص٢٢٨".

٨-٢-٤ مسئوليات وواجبات اخرى لرب العمل في المشاريع الكبرى:-

(Employer's Responsibilities and Duties) :

بالإضافة إلى المسئوليات العامة السابق ذكرها بشان المشاريع الكبرى ، فان هناك مسئوليات أخرى تنص عليها معظم العقود المدنية نورد هنا بعضها على سبيل المثال وليس الحصر ويمكن للأطراف الاتفاق على التزامات مختلفة أو تعديل هذه الالتزامات وفقاً لإضافات العمل.

٨-٢-٤-١ تمديد الوقت لاستكمال الأعمال : -

إذا ما أدى ظرف أو أي سبب يخرج عن إرادة المقاول، ولم يكن في وسعه توقعه عند إبرام العقد ، إلى تأخير أو إعاقة إتمام الأعمال و قبل الوقت المحدد لإنهاء الأعمال ، يشترط على المقاول أن يشعر المالك خطياً عن مطالبته بتمديد الوقت مباشرة. ويجب أن تتضمن هذه المطالبة كافة التفاصيل عن طبيعة الإدعاء. ويقوم المالك بعد استلام إشعار المقاول وبعد إجراء المباحثات اللازمة بمنح المقاول من وقت لآخر وكتابياً تمديداً معقولاً للوقت المحدد بالعقد لإنهاء الأعمال ويكون ذلك إما مستقبلاً أو بأثر رجعي، مع الأخذ في الاعتبار أن فشل المقاول في تقديم مطالبته لتمديد الوقت بما في ذلك التفاصيل الكاملة لطبيعة مطالبته في الوقت المحدد للتقديم يعتبر تنازلاً تاماً من جانب المقاول .

٨-٢-٤-٢ سحب العمل من المقاول أو إلغاء العقد في حالة تقصير المقاول: -

بدون إخلال بالحالات المنصوص عليها بالعقد أو بالحقوق المقررة للمالك بمقتضى القانون، يكون للمالك الحق في سحب العمل من المقاول أو تقرير إلغاء العقد بموجب كتاب موصى عليه يصدر إلى المقاول وبغير حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية وذلك في الحالات التالية (والتي يتم تحديدها بالعقد):-

أ- إذا عجز المقاول عن البدء في العمل بمجرد استلامه أمراً كتابياً بذلك.

ب- إذا انسحب المقاول كليا من العمل أو تخلى عنه.

ج- إذا أوقف المقاول العمل كليا لمدة معينة يتم ذكرها بالعقد، إلا إذا أثبت وجود قوة قاهره أوقفته عن العمل.

د- إذا أظهر المقاول بطئاً في سير العمل يتحقق معــه للمالك بشكل ملحوظ أن المقاول لن يستطيع إتمام العمل في الموعد المحدد.

هـــ- إذا أخل بأي شــرط من شــروط العقد ولم يصلح أثــر ذلك خــلال فترة معينة يتم ذكرها بالعقد وتبدأ من تاريخ تسلمه إخطاراً كتابياً من المالــك أو من يمثله بإجراء هذا الإصلاح .

و- إذا أعطى المقاول رشوة صريحة أو في صــورة مكافــأة أو ســلفة أو هدية لأحد موظفي المالك أو ممن لهم علاقة بالعمل موضوع هذا العقد.

ز- إذا أفلــس المقاول أو قــدم طلــباً بإفلاسه لتوقفه عن الــدفع أو كــان شركة وتمت تصفيتها بصفة اختيارية أو جبرية.

ي- إذا تنازل المقاول بدون موافقة المالك عن جزء من العقد .

و يترتب على إلغاء العقد أو سحــب العمل من المقاول ما يلي، ووفقاً لمــا يتم الاتفاق عليه بالعقد :-

أ- أن يصبح ضمان الإنجاز (التأمين النهائي) حقاً خالصاً للمالــك دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية.

ب- أن يقــوم المالك بتنفيذ ما لم يتم تنفيذه من العقد بالطريقة التي يراها مناسبة مع الرجوع إلى المقاول بكافة ما يستحق له من تعويضات أو مصاريف أو فروق أسعار ، كما يحق للمالك حجز كــل أو بعــض معــدات المقــاول واستعمالها في إتمام العمل وذلك دون أي مسئولية من قبل المالك أو الغير عن أي ضرر أو نقص في القيمة قد تلحق بالمعدات.

ويستعمل المالك هذه المعدات مجاناً دون أن يسأل عن دفع أي مبلغ يستحق للغير عن هذه المهمات.

ويكون للمالك كذلك الحق في حجز كل أو بعض معدات المقاول حتى بعد إتمام العمل وذلك ضماناً لحقوقه تجاه المقاول. ويجب علــى هــذا الأخيــر أن يعوض المالك عن الخسائر التي تلحقه بسبب ذلك وأن يدفع له كل ما تكبده من نفقات في هذا السبيل زيادة على قيمة العقد بما في ذلك المــصاريف الإداريــة وهي في العادة قدرها ١٠ % من تكاليف الأعمال التي لم يقم المقــاول بإتمامها، ولهذا الغرض يكون من حق المالك أن يمتنع عن صرف أية مبالغ مستحقه لــه حــتى تتــم تسوية هذه النفقات والخسائر والمصاريف الإدارية.

٨-٢-٤-٣ التعويض عن الخسائر أو الأضرار الناجمة عن المخـاطر المتعلقـة بصاحب العمل:-

Loss or Damage Due to Employer's Risks

يتعين على المقاول إذا وقعت أي خسائر أو أضرار نتيجة للمخاطر المبينة أدناه، أو نتيجة لأخطار مشتركة إضافة إليها ، أن يقوم إذا طلب منه المالـك أو من يمثله ذلك ، وإلى المدى الذي يحدده لـه بإصـلاح الخـسارة أو الـضرر الحاصل .

وعلى المالك أو من يمثله في هذه الحالة أن يقدر التعـويض الذي يـضاف إلى قيمة العقد ،مع إشعار المقاول بذلك، وإرسال نسخة من الإشعار لـصاحب العمل وينبغي في حالة نشوء الخسارة أو الضرر عن مجموعه مـن المخـاطر المشتركة أن يقوم المالك أو من يمثله بتحديد المسئولية النسبية عن الضرر بين كل من صاحب العمل والمقاول .

- المخاطر المتعلقة بصاحب العمل: " Employer's Risks "

تشمل الأخطار التي يتحملها صاحب العمل في العادة ما يلي ويتم تفـصيل ذلك في العقد وقد تختلف من عقد إلى آخر-:

أ . الحروب والأعمال العدوانية (سواء أكانت حربا معلنة أو غير معلنة) والغزو واجتياح القوى المعادية الخارجية .

ب .الاضطرابات المسلحة أو الثورة أو العصيان العـسكري أو الاسـتيلاء على الحكم بالقوة العسكرية أو الاغتصاب أو الحرب الأهلية .

ج .الإشعاعات الأيونية أو التلوث بالإشعاعات الناتجة عن الوقود النووي أو النفايات النووية أو إشعاع المتفجرات السامة أو غيرها من العناصـر النوويـة المكونة لها .

د . الضغوط الهوائية الناتجة عن الطائرات أو وسائل النقل الجويـة التـي تندفع بسرعة الصوت أو بالسرعة فوق الصوتية .

هـ . الاضطرابات أو المشاغبات أو حركات الإخلال بالنظام، إلا إذا كانت ناتجة عن مستخدمي المقاول أو مقاوليه الفرعيين بسبب تنفيذ الأشغال .

و . الخسارة أو الضرر الناشئ عن استعمال رب العمل أو إشغاله لأي قسم من الأشغال الدائمة باستثناء ما هو منصوص عليه في العقد .

ز . الخسارة أو الضرر الذي يعزى إلى أسباب ناجمة عن تصميم الأشغال باستثناء تلك الأجزاء التي يتحمل المقاول مسئولية تصميمها .

ح . الخسارة أو الضرر الناشئ عن قوى الطبيعة التي لا يستطيع مقـــاول خبير أن يتخذ الاحتياط الوقائي ضدها بصوره معقولة .

٨-٢-٤-٤ الرد على المطالبات وحــل المنازعـــــات :-

إذا رأى المقاول حسب تفسيره للعقد أن له الحق في أية دفعات إضـــافية أو تعويضات أو تمديد فترة الإنجاز أو المطالبات من أي نوع حول الأعمال، فـــإن عليه أن يقدم للمالك خلال مدة معينة يتفق عليها وتبدأ من طلب تنفيذ أي عمل أو وقوع أية حادثة يبني عليها مثل هذا الإدعاء إشعاراً بذلك يشمل تفاصيل وافيـــة عن طبيعة هذا الإدعاء.

المطالبات بسبب الطقـــس: وفـــي حالة موافقة رب العمل علـــى التعطيـــل بسبب الطقس فسيعني ذلك تمديد فترة الإنجاز لمدة تتمشى مع المدة المتسببة في هذا التأخير دون أن يترتب عليها مستحقات مالية للمقاول .

لا يحق للمقاول المطالبة بأية دفعات إضافية نظير وقت إضـــافي أو مـــواد إضافية أو حالات خاصة أو صعوبات إلا إذا كانت تلك المطالبة بناء على أمور سبق أن اثبت المالك موافقته الكتابية بشأنها قبل تحمل تلك النفقات أو التكـــاليف الإضافية .

إذا نشأ في أي وقت نزاع أو خلاف بين رب العمـــل والمقـــــاول فيـــــما يتعـــلق بـــالعقـــد أو ناشئ عنه أو لسبب تنفيذ الأعمال سواء كان ذلك أثناء سير الأعمال أو بعد إنهاء أو التخلي أو الإخلال بالعقد، ولا يمكن حله وديـــاً، يحـــدد طريقة حل النزاع وكذلك القانون الواجب تطبيقه.

٨-٢-٤-٥ أثمان العينات وتكاليف الاختبار :-

يتحمل المقاول كلفة تقديم وإعداد العينات التي تتطلبها الأشغال على نفقتـــه الخاصة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك .

يتحمل المقاول تكاليف إجراء أي اختبار ورد بخصوصه نص في العقـــد أو كان مقصوداً من مضمونه ، كما يتحمل تكاليف إجراء أي اختبار للتحميـــل أو اختبار للتأكد من أن أي عمل قد أنجز كله أو بعضه وفقاً للغاية المقصودة مـــن

إنشائه ، شريطة أن يكون قد ورد وصفه في العقد بشكل يمكن المقاول من تسعيره ، أو الاحتياط له في عرض مناقصته .

أما إذا كان الاختبار المطلوب غير منصوص عليه في العقد ولم يكن من النوع المتعارف عليه فإن تكاليف إجرائه تكون على حساب المقاول إذا أثبتت نتيجة الفحص عدم سلامة المادة أو المصنعية التي جرى فحصها ، أو عدم مطابقتها لمتطلبات العقد ، أما إذا أثبتت نتيجة الاختبار مطابقتها للمواصفات وصلاحيتها ، عندئذ يتحمل رب العمل تكاليف إجراء مثل هذه الاختبارات وفقاً لما هو محدد في الفقرة اللاحقة.

٨-٢-٤-٦التفتيش والاختبار:- **Inspection and Testing**

يحق للمهندس ممثل رب العمل، خلال عمليات الإنتاج أو التصنيع أو التجميع أو التجهيز إجراء التفتيش أو الاختبار على المواد والتجهيزات التي يقدمها المقاول عملاً بأحكام العقد.

ويتعين على المقاول في حالة إجراء عمليات الإنتاج أو التصنيع أو التجميع أو التجهيز المشار إليها في مشاغل أو أمكنة أخرى غير الأمكنة التي تخص المقاول أن يؤمن للمهندس التصريح اللازم الذي يخوله إجراء التفتيش والاختبار في تلك المشاغل والأماكن، على أن يكون مفهوماً أن مثل هذا التفتيش أو الاختبار لا يعفي المقاول من التزاماته بموجب أحكام العقد .

ويتعين على المقاول أن يتفق مع رب العمل أو من يمثله على مواعيد وتواريخ وأوقات وأماكن إجراء التفتيش أو الاختبار على أي من المواد أو التجهيزات وفقاً لما تنص عليه أحكام العقد ، كما ويتعين على رب العمل أو من يمثله أن يشعر المقاول خلال مدة لا تقل عن (مدة يتفق عليها) قبل إجراء الاختبار عن عزمه إجراء التفتيش أو حضور عمليات الاختبار . وإذا تخلف المهندس أو ممثله المفوض عن الحضور في الموعد المعين فيجوز للمقاول – إلا إذا أمر رب العمل أو من يمثله بعكس ذلك – مواصلة إجراء الاختبارات التي ستعتبر عندئذ وكأنها جرت في حضور المهندس كما يتعين على المقاول أن يسلم رب العمل أو من يمثله نسخاً مصدقة عن تلك الاختبارات حال إنهائها، وينبغي على المهندس إذا لم يحضر عمليات الاختبار قبول النتائج واعتبارها صحيحة .

٨-٢-٤-٧ رفض المواد والتجهيزات :-

إذا حدث أن المواد أو التجهيزات المقرر التفتيش عليها أو اختبارها لم يتم إعدادها في الموعد المحدد والمكان اللذين تم الاتفاق عليهما وفقاً للفقرة السابقة ، أو إذا قرر رب العمل أو من يمثله على ضوء التفتيش أو الاختبار المشار إليه على هذه المادة أن المواد أو التجهيزات معيبة ، أو إنها غير مطابقة لمتطلبات العقد ، فيجوز له عندئذ رفض المواد أو التجهيزات شريطة إشعار المقاول بالأمر فوراً.

ويتعين على المهندس أن يبين في إشعاره أسباب رفضه، كما ينبغي على المقاول عندئذ المبادرة فوراً لإصلاح العيب والتأكد من مطابقة المواد أو التجهيزات المرفوضة لأحكام العقد، وينبغي بناء على طلب المهندس اختبار المواد أو التجهيزات المرفوضة أو إعادة اختبارها ضمن الشروط والظروف ذاتها . ويتعين على المهندس عندئذ (بعد إجراء التشاور اللازم مع رب العمل والمقاول) البت في تكاليف جميع الاختبارات المعادة لكي يستردها رب العمل من المقاول وخصمها من أي مبالغ استحقت أو قد تستحق للمقاول على أن يقوم المهندس بإشعار المقاول بقراره وإرسال نسخه منه إلى رب العمل .

٨-٢-٤-٨ فحص الأشغال قبل تغطيتها وكشف المغطي وعمل الفتحات:-

Examination of Work before Covering Up Uncov ing and Making Openings:

لا يجوز تغطية أي جزء من الأشغال أو حجبه عن النظر بدون موافقة مسبقة من رب العمل أو من يمثله. وعلى المقاول أن يتيح المهلة الكافية لرب العمل أو من يمثله ليفحص ويقيس أي جزء من الأشغال الذي ستجري تغطيته أو حجبه وأن يفحص الأساسات قبل أن تقام عليها الأشغال الدائمة، ويتعين على المقاول إشعار رب العمل أو من يمثله حينما يصبح أي جزء من الأشغال الدائمة أو الأساسات جاهزة للمعاينة ، وعلى رب العمل أو من يمثله المبادرة بالحضور (دون أي تأخير غير معقول) لغاية فحص وقياس ذلك الجزء من الأشغال الدائمة أو الأساسات إلا إذا اعتبر هذا الأمر غير ضروري وأشعر المقاول بذلك .

ينبغي على المقاول الكشف عن أي جزء مغطى من الأشغال أو عمل فتحات فيه أو عبره كما يأمره بذلك المهندس من وقت لآخر ، وعليه إعادة سد هذه الفتحات بعد أن يتم الكشف وإجراء الإصلاح اللازم . وإذا تبين أن ذلك الجزء

من الأشغال الذي تم سده أو تغطيته قد جرى تنفيذه وفقا للفقرة السابقة ، وبأنه قد نفذ طبقاً للعقد ، فإن تكاليف الكشف وعمل الفتحات وإعادتها لوضعها السابق يتحملها رب العمل وذلك بموجب التقدير الذي يجريه المالك أو من يمثله (بعد إجراء التشاور اللازم مع رب العمل والمقاول) على أن يشعر المقاول بقراره ويرسل نسخة منه إلى رب العمل وفيما عدا ذلك تكون هذه التكاليف على حساب المقاول.

٨-٢-٤-٩ إزالة الأشغال والمواد والتجهيزات المخالفة:-

Removal of Improper Work, Materials or Plant:

يتمتع المالك أو من يمثله بصلاحية إصدار تعليمات من وقت لآخر بالتالي :-

أ. الأمر بإخلاء الموقع من أي مواد أو تجهيزات يعتبرها مخالفة لمتطلبات العقد وذلك خلال المدة أو المدد التي يحددها في تعليماته .

ب. استبدال تلك المواد أو التجهيزات .

ج. الأمر بإزالة أي جزء من الأشغال يعتبره المالك أو من يمثله أنه غير مطابق لمتطلبات العقد ، وأن يعيد تنفيذه بشكل سليم على الرغم من أي اختبار سابق أجري عليه أو أي دفعات صرفت من أجله ، وذلك فيما يتعلق:

١. بالمواد أو التجهيزات أو المصنعية .

٢. أو بأي تصميم وضعه المقاول ضمن مسئوليته.إذا لم يكن ذلك في رأي رب العمل أو من يمثله مطابقاً لأحكام العقد .

٨-٢-٤-١٠ دور رب العمل في حالة تقصير المقاول في التقيد بالتعليمات:-

Default of Contractor on Compliance:

يحق لرب العمل - إذا قصر المقاول في تنفيذ التعليمات التي أصدرها إليه المالك أو من يمثله خلال المهلة المحددة أو خلال مدة معقولة إذا لم يتم تحديد مهلة ما من قبل رب العمل أو من يمثله - أن يستخدم أشخاصاً آخرين ويدفع أجورهم من أجل تنفيذ الأشغال المعنية بالأمر . وفي مثل هذه الحالة يتحمل المقاول جميع التكاليف المترتبة على ذلك ، حسب تقديرات المالك أو من يمثله التي يعدها (بعد إجراء التشاور اللازم مع رب العمل والمقاول)، ويحق لرب العمل خصمها من أي مبالغ مستحقة أو قد تستحق للمقاول مستقبلاً ، ما يتعين

على رب العمل أو من يمثله إشعار المقاول بالقرار وإرسال نسخه من الإشعار إلى رب العمل.

٨-٢-٤-١١ تسليم الموقع و مباشرة العمل: -

Possession of Site and Commencement of work:

يتعين على المقاول مباشرة العمل في الأشغال بأسرع ما يمكن من الوقت بعد تسلمه الإشعار الخطي بأمر المباشرة الذي يحدده رب العمل أو من يمثله وينبغي أن يتم إصدار الإشعار خلال الفترة المحددة في ملحق المناقصة إبتداءً من تاريخ توقيع العقد . ويتعين على المقاول اعتباراً " من ذلك التاريخ السير في تنفيذ الأشغال بالسرعة اللازمة دون أي إبطاء .

تمشياً مع ما ينص عليه في العقد بشأن المراحل المحددة لتنفيذ الأشغال يتعين على رب العمل أن يسلم المقاول مع أمر المباشرة لموقع العمل أو أي أجزاء كافية منه وكذلك المداخل المؤدية إليه مع مراعاة التالي :-

أ . تسليم أجزاء الموقع الموصوفة في العقد والتي ينبغي تسليمها للمقاول من وقت لآخر .

ب .الترتيب الزمني الذي تسلم فيه هذه الأجزاء إلى المقاول .

ويكون تسليم الموقع أو أجزائه بشكل يمكن المقاول من المباشرة لتنفيذ الأشغال ومواصلة العمل وفقاً لبرنامج العمل ، وإذا لم يكن برنامج العمل قد تم إعداده - فبموجب أي إقتراحات معقولة يتقدم بها المقاول إلى رب العمل أو من يمثله - مع إرسال نسخه منها إلى رب العمل .

كما يتعين على رب العمل أن يقوم بتسليم الأجزاء الأخرى من الموقع من وقت لآخر حسب حاجة المقاول لتنفيذ الأشغال بالسرعة المطلوبة لتحقيق برنامج العمل أو الاقتراحات حسب مقتضى الحال .

ج . يتم إعداد محضر رسمي بتسليم الموقع ويوقع عليه كل من رب العمل والمقاول والمالك أو من يمثله .

إذا تخلف رب العمل عن تسليم الموقع ، وتكبد المقاول نتيجة لذلك تأخرا أو نفقات إضافية فانه يتعين على المالك أو من يمثله في مثل هذه الحالة أن يبت فيما يلي (بعد إجراء التشاور اللازم مع صاحب العمل والمقاول) :

أ . تمديد مدة العمل الذي يستحقه المقاول .

ب . تحديد مقدار التعويض الذي ينبغي إضافته لقيمة العقد إذا ترتب علـــى التأخير أضرار

على أن يقوم رب العمل أو من يمثله بإشعار المقاول بالاجراء المتبع.

٨-٢-٤-١٢ دراسة واتخاذالقرار بشأن تمديد مدة العمل:-

" Extension of time for Completion "

إذا حصلت ظروف تبرر بصورة عادلة ومعقولة منح المقاول تمديداً في مدة العمل للأشغال بكاملها أو لأي جزء منها فإنه يتعين على المالك أو من يمثله أن يبت في تمديد مدة العمل ، مع إشعار المقاول بقراره المشار إليه:

أ . حجم وطبيعة الأعمال الإضافية أو الزائدة .

ب .أي سبب للتأخير بمقتضى هذه الشروط .

ج . إذا طرأت ظروف مناخية استثنائية معطلة للعمل ، ولكن تقلبات الطقس العادية لا تعتبر سببا لتمديد العمل .

د . أي تأخير أو إعاقة أو منع تسبب به رب العمل .

هـــ. إذا طرأت ظروف خاصة ، باستثناء ما هو ناشئ عن تقصير المقاول أو إخلاله بالعقد أو بأي من مسئولياته الملتزم بها.

و لا يكون المالك أو من يمثله ملزماً في البت في أمر تمديد مدة العمل إلا إذا قام المقاول بما يلي :-

أ . تقديم إشعار خطي إلى المالك أو من يمثله خلال مدة يتفق عليها وتبـــدأ من أول ظاهرة للحادث الذي يطلب بسببه تمديد مدة العمل وعلـــى أن يرســـل نسخه من إشعاره إلى رب العمل .

ب .تقديم البيانات إلى المالك أو من يمثله خلال مدة زمنية يتفق عليهـــا أو خلال أي مدة معقولة من تاريخ الإشعار يوافق عليها المالك أو من يمثله عن أي تمديد في مدة العمل يرى المقاول من حقه الحصول عليه ، وذلك لتمكين المالك أو من يمثله من التحقق من تلك المعلومات في حينه .

يشترط أيضاً إذا كان لأي حادث تأثير مستمر يمتنع عملياً بـــسببه علـــى المقاول تقديم المعلومات المفصلة خلال المهلة المتفق عليها فإن للمقاول علـــى الرغم من ذلك الحق في الحصول على تمديد للمدة على أن يزود المالك أو من يمثله بمعلومات مرحليه خلال فترات لا تزيد الواحدة منها علـــى (مـــدة يتفـــق

عليها) وأن يقدم له التفاصيل النهائية خلال مدة يتفق عليها وتبدأ مـــن تــاريخ انتهاء الحادث المعني بالأمر .

ويتعين على المالك أو من يمثله حال تسلمه التفاصيل المرحلية وبـــدون أي إبطاء أن يصدر قراره المرحلي بتمديد مدة العمل . كما ويتعين عليه حال تسلمه التفاصيل النهائية تدقيق جميع ظروف الحادث وأن يبت في المدة الكاملة التـــي استغرقها الحادث من أجل تمديد مدة العمل مدة مماثلة لها .

ويتعين على المهندس في كلتا الحالتين إشعار المقاول خطيا بالأمر وإرسال نسخه من الإشعار إلى رب العمل ويشترط ألا يؤدي أي تدقيق في الظروف إلى تنقيص التمديدات التي سبق وأن بت فيها المالك أو من يمثله .

٨-٢-٤-١٣ مراقبة تقدم العمل:- "Rate of Progress "

إذا رأى المالك أو من يمثله في أي وقت أن نسبة تقدم العمل في الأشـــغال بكاملها أو في جزء منها، قد أصبح بطيئاً دون وجود مبرر لتمديد مدة العمـــل ، وارتأى رب العمل أو من يمثله أن إنجاز الأشغال لن يتم خلال مدة العمل المتفق عليها وذلك بمقارنة الإنجاز المتوقع وفقاً للبرنامج والإنجاز الفعلي فعلـــى رب العمل أو من يمثله أن يشعر المقاول خطياً بذلك ، وعلى المقاول أن يبادر لاتخاذ الإجراءات اللازمة بموافقة رب العمل أو من يمثله لتسريع نسبة تقـــدم العمـــل بقصد إنجازه ضمن مدة العمل ، ولا يترتب للمقاول أي دفعات إضافية لاتخـــاذ مثل هذه الإجراءات.

وإذا تبين للمقاول أنه نتيجة للإشعار الذي بلغه إيـــاه المهنـــدس أنـــه مـــن الضروري أن تنفذ بعض الأعمال ليلاً أو خلال أيام العطلة الأسبوعية ، فيحـــق له عندئذ أن يطلب من رب العمل أو من يمثله أن يصرح له بالعمل فـــي تلـــك الأوقات الإضافية.

وإذا انطوت الإجراءات التي اتخذها المقاول للقيام بمسئولياته خـــلال تلـــك الأوقات وفقاً لهذه المادة على أي نفقات إضافية ســـيتكبدها رب العمـــل بـــسبب الأجور المترتبة على دوام الوقت الإضافي للجهاز المشرف التابع له ، فعلى رب العمل أو من يمثله أن يقوم بتحديدها بعد إجراء التشاور اللازم مـــع المقـــاول ، لكي يستردها رب العمل من أي دفعات استحقت أو قد تستحق للمقـــاول ، كمـــا يتعين على رب العمل أو من يمثله أن يشعر المقاول بقراره مع إرسال نـــسخه منه إلى صاحب العمل .

٨-٢-٤-١٤ تحديد التعويض الاتفاقي عن التأخير (غرامة التأخير):-

" Liquidated damages for delay "

إذا قصر المقاول في إنجاز الأشغال خلال مدة العمل وفقاً للتعاقد ، لكامل الأشغال أو لأي قسم منها تم تحديد مدة إنجاز خاصة به ، وتأخر عن تسليم الأشغال ، فعلى المقاول ، أن يدفع إلى رب العمل المبلغ المحدد في ملحق عرض المناقصة بوصفه تعويضاً " إتفاقياً " عن هذا الإخلال وذلك عن كل يوم أو جزء من يوم ينقضي من تاريخ انتهاء مدة العمل حتى التاريخ المحدد في شهادة تسلم الأعمال كلها أو (تاريخ تسلم) القسم المعني مع مراعاة تطبيق الحد الأقصى. ولرب العمل ، دون أن يضر ذلك بأي وسيلة أخرى للاسترداد ، أن يخصم قيمة هذه التعويضات من المبالغ المستحقة أو التي ستستحق للمقاول . ولا يؤدي سداد المقاول لهذه المبالغ أو خصمها من مستحقاته ، إلى إعفائه من التزامه بإتمام الأعمال أو من التزاماته أو مسئولياته الأخرى طبقاً للعقد.

ومن المقرر أن الجزاء المالي الذي يتضمنه العقد الذي يفرضه العاقدان من روابط القانون الخاص لضمان تنفيذ اتفاقهما يستهدف جبر الضرر الذي يصيب المتعاقد الذي جري الإخلال في الالتزام في حقه فهو من قبيل الشرط الجزائي أو التعويض الإتفاقي. (الطعن بالتمييز ٩٨ / ٩٤ تجاري جلسة ١ - ٣ - ١٩٩٢).

إذا صدرت شهادة تسلم جزء من الأعمال أو عن قسم منها قبل موعد إتمام الأعمال كلها أو قبل موعد إتمام قسم منها ، إذا كان ذلك مطبقاً في (العقد) ، فيتم تخفيض قيمة التعويض الاتفاقي عن التأخير في إتمام باقي الأعمال أو باقي هذا القسم ، خلال المدة التالية للتاريخ الوارد في شهادة التسلم ، ويكون التخفيض ، ما لم ينص العقد على أحكام بديلة ، بنسبة قيمة ذلك الجزء الذي تم تسليمه إلى قيمة الأعمال كلها أو قيمة القسم محل التأخير. وتسري أحكام هذه الفقرة على معدل التعويض الاتفاقي عن التأخير فحسب دون حده الأقصى .

إذا كان من المرغوب فيه وضع شروط في العقد تتعلق بدفع مكافأة لإنجاز الأشغال أو أي قسم منها في وقت أبكر من المقرر فينبغي عندئذ النص على ذلك في الشروط الخاصة . (لا تذكر عادةً في العقود).

٨-٢-٤-١٥ إصدار شهادة التسلم الأولى:-

" Taking-Over Certificate"

يتم إصدار الشهادة و ذلك كما هو موضح في الخطوات التالية:

أ - عندما يتم إنجاز الأشغال بكاملها بصوره جوهرية بحيث يمكن استعمالها للغاية التي أنشئت من أجلها بشكل مناسب ويتبين أنها قد اجتازت اختبارات الإنجاز النهائية المطلوبة بموجب العقد ، فيجوز للمقاول أن يشعر رب العمل أو من يمثله بذلك على أن يرفق بهذا الإشعار تعهدا منه بإنجاز أي إصلاحات أو أعمال ثانوية متبقية بالسرعة اللازمة خلال فترة الصيانة.

ويعتبر هذا الإشعار المشار إليه والتعهد الخطي المرفق به طلباً مقدماً إلى رب العمل أو من يمثله لإصدار شهادة التسلم الأولى للأشغال .

ب - يقوم رب العمل أو من يمثله بالكشف على الأشغال ، ويعد تقريراً بنتيجة كشفه وإرسال نسخة منه إلى المقاول ، فإما أن يشهد بأن الأشغال قد أنجزت وأنها في وضع قابل للتسلم ، أو أن يصدر تعليمات خطية إلى المقاول يبين فيها الأمور التي يترتب على المقاول استكمالها قبل إجراء عملية التسلم ، ويحدد للمقاول الفترة الزمنية اللازمة لاستكمال النواقص وتصحيح الأشغال بشكل مقبول لدى رب العمل أو من يمثله.

وإذا رأى المقاول أن تقرير رب العمل أو من يمثله ليس دقيقاً ، فله أن يبلغ ذلك إلى رب العمل ، وفي هذه الحالة يقوم رب العمل بالتحقق من الواقع بالطريقة التي يختارها ، للتأكد مما ورد في تقرير رب العمل أو اتخاذ قرار تسلم الأشغال .

ج - ثم يقوم رب العمل خلال فترة معينة من تسلمه التقرير ويبلغ المقاول بالموعد المحدد لمعاينة الأشغال ، وفي أثناء ذلك يقوم المهندس مع المقاول بإعداد ما يلزم من كشوف وبيانات وجداول ومخططات لازمة لتسهيل تلك المهمة.

د - يتعين على رب العمل أو من يمثله - خلال (مدة معينة يتم تحديدها) تبدأ من تاريخ توقيع محضر الاستلام - أن يصدر شهادة التسلم الأولى للأشغال ، محدداً فيها تاريخ إنجاز الأشغال بموجب العقد ، ويعتبر ذلك التاريخ هو تاريخ بدء فتره الصيانة (فترة إصلاح العيوب). كما يتعين على رب العمل

أو من يمثله أن يرفق بالشهادة النواقص والإصلاحات المطلوبة من المقاول والتي يتعين على المقاول أن ينفذها خلال مدة محددة من بدء فترة الصيانة.

و- يحق للمقاول إبداء ملاحظاته أو اعتراضه على تقرير اللجنة ، على أن يتم ذلك خلال (مدة معينة) تبدأ من تاريخ توقيع التقرير ويقدم اعتراضه خطياً إلى رب العمل أو من يمثله الذي يتعين عليه دراسة الأمر وتقديم نسخة من الاعتراض إلى رب العمل .

وقد نص القانون المدني الكويتي في المادة ٦٧٥ على أنه (١- إذا تم تسلم العمل ، ارتفعت مسئولية المقاول عما يكون ظاهراً فيه من عيب أو مخالفة لشروط العقد وذلك مع مراعاة حكم المادة ٦٩٢. ٢- فإذا كانت العيوب أو المخالفة خفية ، ثم تبينها رب العمل بعد التسلم وجب عليه أن يبادر بإخطار المقاول بها ، مع مراعاة عرف الحرفة ، وإلا اعتبر أنه قد قبل العمل ، فإذا تم إخطار المقاول في الوقت المناسب سرت أحكام المادة ٦٧٣).

ويجوز للمقاول أن يطلب من رب العمل أو من يمثله إصدار شهادة تسلم أولي جزئي في الحالات التالية :-

أ . بالنسبة لأي قسم من الأشغال نص العقد على مدة محدودة لإنجازه في العقد.

ب . لأي جزء من الأشغال الدائمة تم إنجازه بشكل مقبول لدى رب العمل أو من يمثله وقام رب العمل بإشغاله أو باستعماله (خلافاً لما ورد في العقد) .

ج . لأي جزء من الأشغال الدائمة رغب رب العمل في إشغاله أو استعماله قبل أن تنقضي مدة العمل (وهذا عندما لا يكون الأشغال أو الاستعمال المرغوب في إشغاله أو استعماله منصوصاً عليهما في العقد أو غير متفق عليه مع المقاول كإجراء مؤقت).

مع مراعاة أسلوب التسلم المنصوص عليه في الفقرة المتعلقة بشهادة التسليم الأولي، يجوز لرب العمل أو من يمثله أن يصدر (شهادة تسلم أولي جزئي) لأي جزء من الأشغال الدائمة إذا كان الجزء قد تم إنجازه واجتاز اختبارات الإنجاز النهائية الموصوفة في العقد ، وذلك قبل إنجاز الأشغال بكاملها ، على أن يقدم المقاول قبل إصدار رب العمل أو من يمثله لهذه الشهادة تعهداً خطياً بإنجاز أي أعمال متبقية بالسرعة اللازمة خلال فترة التعاقد.

ومن المفهوم أن إصدار أي شهادة تسليم أولي لأي قسم أو جزء من الأشغال الدائمة قبل إنجاز الأشغال بكاملها لا يعني تسلم أشغال الموقع أو الساحات التي تم إصلاحها ، إلا إذا نصت شهادة التسلم الأولى على أن المقاول قام بذلك .

٨-٣ المقاول من الباطن:-

تعريف العقد من الباطن وشروطه :

التعاقد من الباطن هو صورة من صور التعاقد التي عرفها القانون المدني خاصة في عقود الإيجار والمقاولة والوكالة ولكي يكون العقد من الباطن يجب توافر الشروط الآتية:

١- أن يوجد عقدان أحدهما يسبق الآخر إلا أن الأسبقية لا تتعلق إلا بتاريخ إبرام العقد. فالعقد الذي يوصف بأنه من الباطن يجب أن يكون لاحقاً في تاريخ انعقاده للعقد الأصلي، وذلك لوجود علاقة تبعية بين العقد من الباطن والعقد الأصلي.

أما من ناحية التنفيذ فإنه يجوز أن يكون العقد الأصلي بدأ تنفيذه قبل إبرام العقد من الباطن و لكن لا يجوز أن يكون قد تم الانتهاء من تنفيذه لأن العقد اللاحق الذي يأتي بعد تمام تنفيذ العقد الأول لا يسمى عقد من الباطن وإنما هو عقد أصلي آخر.

٢- أن يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي ولهذا الشرط أسباب هي:

أ- التبعية من حيث المحل.

إن المقصود بوحدة المحل هي أن يستعير العقد من الباطن محله من العقد الأصلي وليس العكس والاستعارة لها وجهان إما أن يكون العقد من الباطن وسيله لتنفيذ العقد الأصلي أو وسيلة لنقل المنفعة دون تنازل عن العقد الأول.

ووحدة المحل تأتي من أمرين: وحدة طبيعة العقدين ووحدة الشيء المادي في العقدين ومع ذلك إذا توافرت وحدة المحل بالمعنى الموضح يجوز التجاوز عن شرط وحدة الطبيعة ولكن لا يجوز التجاوز عن شرط وحدة الشيء المادي، فيجوز أن تختلف الطبيعة ويتحد المحل.

إلا أن وحدة الشيء لا تستلزم أن يتعلق العقد من الباطن بكل شيء بل يجوز أن يتعلق فقط بجزء من هذا الشيء فالمقاولة من الباطن يجوز أن تتعلق فقط ببعض الأعمال التي تشملها المقاولة الأصلية.

ب- إن العقد الأصلي يلعب دور السبب بالنسبة للعقد من البـــاطن بحيـــث يكون وجود العقد الأصلي هو سبب مشروعية العقد من الباطن.

ج- بقاء طرف مشترك في العقدين ولذلك فإن أطراف العقد الأصلي والعقد من الباطن ثلاثة فقط ويجب أن يبقى الطرف المشترك مسئولاً عن تنفيذ العقـــد الأصلي كما يجب انعدام وجود علاقة عقدية مباشرة بـــين الطـــرفين البعيـــدين بخصوص تنفيذ العقد الأصلي إلا إذا كان هناك تعدد في العقود الأصلية.

د- إن التبعية هي وجه واحد فالعقد من الباطن يتبع العقد الأصـــلي ولـــيس العكس. ولهذه التبعية نتائج وهي كالتالي:

١ - تشابه مركز أطراف العقد من الباطن مع مركز أطراف العقد الأصلي. فالتزامات وحقوق الطرفين في العقد من الباطن ليست هي ذاتها التي تقع بـــين طرفي العقد الأصلي فهذا لا يأتي إلا مع حوالة العقد إنما هي متشابهة فقط ولكن هذا التشابه ليس تاماً وذلك لأنه على الرغم من التبعية فإن العقد من الباطن عقد مستقل ويتمتع أطرافه بحرية تحديد مضمون عقدهم ولكن وجود التبعية تفرض قيداً جديداً خاصاً بهم يضاف إلى القيود العامة التي تضبط حريـــة المتعاقـــدين والعقد الأصلي يمثل الحد الأقصى لما يجوز أن يتفق عليه أطراف العقـــد مـــن الباطن.

٢- إن الطرف المشترك لا يجوز أن يقر للمتعاقدين من الباطن حقوقاً أكثر مما له في العقد الأصلي، فمثلاً لا تصح أن تتجاوز الأعمال المنـــوط بتنفيـــذها للمقاول من الباطن الأعمال المنوطة للمقاول الأصلي.

٣- إن الطرف المشترك لا يجوز أن يلتزم في العقد من الباطن بالتزامـــات لا يستطيع تنفيذها لتعارضها مع أحكام العقد الأصلي.

٤- إن طبيعة الالتزامات في العقد من الباطن تتحد تبعاً لطبيعة الالتزامات في العقد الأصلي وليس العكس ومع ذلك يجوز في بعض الحالات النـــادرة أن يستعير العقد الأصلي من العقد من الباطن طبيعة الالتزامات.

٥- تترتب على التبعية أن العقد من الباطن يتبع مصير العقد الأصلي فـــإذا انقضى العقد الأصلي لأي سبب انقضى العقد من الباطن وذلك لأن تنفيذ العقـــد من الباطن يصبح مستحيلاً وينقضي العقد من الباطن إما بالفسخ أو الانفـــساخ، فإذا كان العقد الأصلي قد لحقه انفساخ لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي فإنها تؤدي في نفس الوقت لانفساخ العقد من الباطن، أما في غير هذه الحالة فيجب فيما بين

أطراف العقد من الباطن طلب الفسخ القضائي لاستحالة التنفيذ لغير سبب أجنبي وبمجرد انقضاء العقد الأصلي يجب على المتعاقد من الباطن أن يخلي الأماكن ويترك موقع العمل بمجرد التنبيه عليه إذ يعتبر بقاؤه في الأماكن بدون سند يحتج به على الدائن الأصلي.

٨-٣-١ المقاولة من الباطن والتنازل عن المقاولة :-

لم يعرض القانون المدني للتنازل عن المقاولة كما عرض للمقاولة من الباطن ، وذلك لأن التنازل عن المقاولة أقل وقوعاً من المقاولة من الباطن ، وإذا وقعت فيكفي في تنظيمها القواعد العامة .

والتنازل عن المقاولة يتخذ إحدى صورتين :

(الصورة الأولى) وهي الأكثر وقوعاً تتحقق بأن يتنازل المقاول عن الأجر لشخص ثالث عن طريق حوالة الحق ، و تجري في شأنها أحكام حوالة الحق فتصح باتفاق المقاول وهو المحيل والشخص الثالث وهو المحال له ، ويكفي لسريانها في حق رب العمل إعلانه بالحوالة (المادة ٣٦٦ من القانون المدني الكويتي) ويلجأ المقاول عادة إلى حوالة الأجرة إذا احتاج لما يمول به عملية المقاولة ، فينزل عن حقه في الأجرة وقد يكون ذلك على سبيل الرهن للحصول على المال اللازم من أحد المصارف أو أحد الممولين ، وفي هذه الحالة يكون المحال له هو الدائن بالأجرة في مكان المقاول ، ويجوز لرب العمل أن يتمسك قبله بجميع الدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المقاول وقت نفاذ الحوالة في حقه كما يجوز أن يتمسك بالدفوع المستمدة من الحوالة ، طبقاً للقواعد العامة في حوالة الحق (المواد ٣٦٤ إلى ٣٧٦ من القانون المدني الكويتي) .

(الصورة الثانية) تتحقق بأن يتنازل المقاول للغير عن جميع عقد المقاولة بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ، فيحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل في عقد المقاولة ، ويصبح هو المقاول تجاه رب العمل ، ويجب في هذه الحالة تطبيق قواعد حوالة الحق فيما يتعلق بنقل حقوق المقاول الأصلي ، وقواعد حوالة الدين (المواد ٣٧٧ إلى ٣٩٠ من القانون المدني الكويتي) فيما يتعلق بنقل التزاماته فيتم التنازل عن المقاولة إذن باتفاق بين المقاول المتنازل والمقاول المتنازل له ، و يجب إقرار رب العمل حتى يصبح التنازل سارياً في حقه ، لأن الإعلان وحده لا يكفي إلا في نقل حقوق المقاول قبله ، أما في نقل

التزامات المقاول نحوه فيجب إقرار رب العمل وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين .

وإذا تم التنازل عن المقاولة على هذا الوجه ، أصبح المقاول المتنازل له هو المدين بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل ، وهو الدائن بجميع حقوق المقاول ، ويختفي المقاول المتنازل ولا يعود له شأن في المقاولة التي انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلى المقاول المتنازل له ، بل إن المقاول المتنازل لا يكون مسئولاً عن المقاول المتنازل له ولا ضامناً له .

٨-٣-٢ الأساس القانوني لجواز المقاولة من الباطن:-

نصت المادة ٦٨١ من القانون المدني الكويتي على أنه:

(١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو كان من شأن طبيعة العمل أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار .

٢- ولا تؤثر المقاولة من الباطن في التزامات المقاول الأصلي قبل رب العمل ، كما يسأل قبله عن أعمال المقاول من الباطن).

والنص الكويتي يطابق نص المادة ٦٦١ مدني مصري ويتفق مع نص المادتين ٦٣٥،٦٣٨ /١ من تقنين الموجبات العقود اللبناني .

والنص يعتبر أن الأصل هو إباحة المقاولة من الباطن وأن الاستثناء هو المنع ومصدر هذا المنع إما شرط في عقد المقاولة الأصلية وإما طبيعة العمل إذا كان يعتمد على كفاية المقاول الشخصية ولا يكفي أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار إنما يجب أن تكون طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية.

والشرط إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً ، فلا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة في عقد المقاولة ، بل يجوز استخلاصه ضمناً من الظروف نفسها . فإذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاية المقاول الشخصية كما يقول النص كأن يكون العمل محل المقاولة عملاً فنياً لجأ فيه رب العمل إلى مقاول بالذات نظراً لكفايته الفنية ، فإنه يكون هناك شرط مانع ضمني من أن يكل المقاول العمل أو جزءاً منه إلى مقاول من الباطن ، بل يتحتم أن يقوم به هو شخصياً حتى لو لم يكن منصوصاً صراحة في عقد المقاولة على منع المقاولة من الباطن، وإذا قام شك في أن هناك شرطاً مانعاً ضمنياً ، فسر الشك

في معنى المنع فيحرم على المقاول المقاولة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل في ذلك .

والشرط المانع ، سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، لا يمنع المقاول من أن يستعين بأشخاص آخرين فنيين أو غير فنيين في إنجاز العمل ، مادام هؤلاء الأشخاص ليسوا مقاولين من الباطن بل كانوا مستخدمين عند المقاول بعقد عمل لا بعقد مقاولة .

ويجوز ، إذا وجد الشرط المانع الصريح أو الضمني ، أن يتنازل عنه رب العمل ، فيتحلل منه المقاول ويكون له الحق في المقاولة من الباطن ، وكما يكون تنازل رب العمل عن الشرط المانع صريحاً ، كذلك قد يكون ضمنياً كأن يتعامل رب العمل مع المقاول من الباطن و يعطيه من الأجر بمقدار ما هو مدين به للمقاول الأصلي . و إذا تنازل رب العمل عن الشرط المانع ، لم يجز له الرجوع بعد ذلك في تنازله ، سواء حصل التنازل قبل مخالفة المقاول للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه . و إذا وجد الشرط المانع ، صريحاً كان أو ضمنيا ، وجب على المقاول مراعاته ، و إلا كان معرضا للجزاء الذي تقضي به القواعد العامة . فيجوز لرب العمل أن يطلب من المقاول تنفيذ التزاماته عينا ، بأن يجبر المقاول على أن يقوم هو بتنفيذ العمل شخصياً دون المقاول من الباطن ، كما يجوز لرب العمل طلب فسخ المقاولة الأصلية بناء على أن المقاول لم يقم بالتزاماته ، و ليست المحكمة ملزمة حتماً بإجابة رب العمل إلى ما يطلبه من فسخ العقد ، بل لها أن ترفض هذا الطلب و أن تكتفي بإلزام المقاول أن يقوم هو شخصياً بتنفيذ العمل الموكول إليه . و لرب العمل ، سواء طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ ، أن يطلب تعويضاً من المقاول إذا كان قد أصابه ضرر ، و المسئول عن التعويض في الحالتين هو المقاول الأصلي لا المقاول من الباطن . وللمقاول من الباطن ، إذا رجع رب العمل على المقاول الأصلي بالتنفيذ العيني أو الفسخ ، أن يرجع بدوره على المقاول الأصلي يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته المستمدة من عقد المقاولة من الباطن .

ونصت المادة ٧٩٨ من التقنين المدني الأردني على أن تبقى مسئولية المقاول الأول قائمة قبل صاحب العمل وهو ما يعني اتفاق التقنين الأردني مع أحكام التقنين المدني الكويتي والمصري .

ويقابل نص المادة ٦٦١ من التقنين المدني المصري المادة ٦٦٠ من التقنين المدني الليبي ، والمادة ٦٢٧ من التقنين المدني السوري" الشهاوى – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ص٢٣٥- ٢٣٦".

ومن جماع تلك النصوص يتضح أن المقاولة من الباطن يجب أن تتوافر في العقد الخاص بها عناصر عقد المقاولة الأصلي فضلاً عن توافر عناصر خاصة بعقد المقاولة من الباطن تجعله يرتبط مع عقد المقاولة الأصلي برباط التبعية وبيان ذلك يتمثل في الآتي:-

أ- العناصر العامة:-

طبقاً لنص المادة ٦٦١ من القانون المدني الكويتي فإن عقد المقاولة هو " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" وطبقاً لنص المادة ٦٤٧ من القانون المدني المصري فإنه يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل معاً. وفي ضوء تلك النصوص يمكن القول أنه يشترط أن يكون محل التزام المقاول في عقد المقاولة من الباطن أداء عمل أو صنع شيء لقاء أجر ولا يكون محله التزام بإعطاء شيء.

ويجوز أن يتعهد المقاول من الباطن بتقديم المادة التي يصنع منها الشيء ولكن يجب أن يبقى قصد المتعاقدين ليس إلا إنشاء التزام بصنع شيء.

ومن الأحكام الرئيسية لعقد المقاولة الأصلي أو من الباطن هو أن يكون المقاول قائماً بالعمل بصفة مستقلة غير خاضع لإشراف إداري أو فني من رب العمل وإن كان ذلك لا يمنع رب العمل من إعطاء تعليمات لتنفيذ العمل طبقا للتعاقد، وتقدير مدى توافر الاستقلال أو عدمه مسألة متروكة للقاضي فإذا ثبت وجود تبعية في أداء العمل فإنه لا يكون عقد مقاولة وإنما هو عقد عمل.

ولا يجوز أن يقتصر تعهد المقاول على تقديم المواد وإنما يجب أن يكون ذلك التعهد التزاما ثانوياً للالتزام الرئيسي بأداء عمل أو صنع شيء ، كما أنه لا يجوز أن يقتصر التعهد على حفظ الشيء لأن ذلك هو موضوع عقد الوديعة.

ب- العناصر الخاصة:-

حيث يجب أن تتوافر في عقد المقاولة من الباطن – فضلاً عن توافر الشروط والعناصر العامة السالف بيانها – العناصر الآتية:-

أ- يجب أن يكون مسبوقاً بعقد مقاولة أصلي فإن لم يكن العقد السابق عقد مقاولة فإن عقد المقاولة اللاحق يعتبر عقد أصلياً وليس عقداً من الباطن.

ب- يجب أن تنتفي العلاقة العقدية المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن لأنه إذا وجدت تلك العلاقة فإننا نكون أمام حالة تعدد مقاولين أصليين كذلك لا محل للمقاولة من الباطن إذا كان المقاول شخصاً معنوياً كشركة إذ يعتبر الأشخاص الطبيعيون التابعون لتلك الشركة والذين يقومون بتنفيذ عقد المقاولة عاملين لديه ولا يعد أيا منهم مقاولاً من الباطن.

جـ- يجب أن يكون عقد المقاولة من الباطن منصباً على تنفيذ العمل موضوع العقد الأصلي أو جزء منه وهذا هو الغالب كما يجوز أن يقتصر موضوع عقد المقاولة من الباطن على تقديم الأيدي العاملة اللازمة لتنفيذ عقد المقاولة الأصلي.

٨-٣-٣ علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن :-

لا مراء أنه إذا عهد المقاول الأصلي لمقاول من الباطن بإنجاز بعض أعمال محل عقد المقاولة المبرم معه، أضحت العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن هي علاقة رب عمل بمقاول ينظمها عقد المقاولة المحرر بين المقاول الأصلي وبين المقاول من الباطن لذلك يلتزم المقاول الأصلي نحو المقاول من الباطن بكافة التزامات رب العمل ويكون المقاول من الباطن بالنسبة للمقاول الأصلي مقاولاً عليه جميع التزامات المقاول .

ومن ثم يكون عقد المقاولة الأول (عقد المقاولة الأصلي) ويحكم العلاقة بين رب العمل والمقاول الأصلي وعقد المقاولة الثاني هو عقد المقاولة من الباطن ويحكم العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

مدى مسئولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن :

قضت المادة ٢/٦٦١ من التقنين المدني المصري بأن ((... (٢) ولكنه يبقى (المقاول الأصلي) في هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل)) كما نصت المادة ٢/٦٨١ من القانون المدني الكويتي على أنه (٢- و لا تؤثر المقاولة من الباطن في التزامات المقاول الأصلي قبل رب العمل، كما يسأل قبله عن أعمال المقاول من الباطن).

على ذلك إذا ظهر ثمة عيب في المباني أو المنشآت الثابتة كان المقاول الأصلي دون المقاول من الباطن ضامنا لهذا العيب خلال عشر سنوات ، أما

المقاول من الباطن فتبرأ ذمته من الضمان في مدة قصيرة " الشهاوى – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ص٢٤٥".

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة٦٢٧ في التقنين المدني العراقي المادة ٨٨٢ و في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٦٣٥-٦٣٨/١ وفي التقنين المدني الكويتي المادة ٦٨١ و في التقنين المدني الأردني المادة٧٩٨.

٨-٣-٣-١ إلتزامات المقاول من الباطن:-

إن المقاول من الباطن يلتزم بالالتزامات العامة التي يلتزم بها كل مقاول وهذه الالتزامات وكما سبق إيضاحه في التزامات المقاول هي:

٨-٣-٣-١-١ إلتزام المقاول من الباطن بإنجاز العمل وإلتزام المقاول الأصلي المقابل له:-

على المقاول من الباطن أن يلتزم بأن يقوم بتنفيذ العمل على وجه غير مناف للعقد، والعبرة هي بعقد المقاولة من الباطن ، فيجب أن لا يخالفه الشروط الرئيسية للعقد الأصلي وإلا اختلف المحل، ولذلك فإن عقد المقاولة من الباطن يجب أن يتناول العمل ذاته كله أو جزء منه ويجب أن ينفذه وفق التصميم الذي قدمه رب العمل فإذا خالف العقد الشروط الجوهرية للعقد الأول فإنه لا يقع باطلاً وإنما يفقد وصف العقد من الباطن، ولكونه غير نافذ في حق رب العمل الذي له أن يعترض على تنفيذه ولذلك من الأفضل إدراج شرط في العقد من الباطن يلزم المقاول من الباطن باعتبار العقد الأصلي جزءاً لا يتجزأ من العقد من الباطن فيما لم يرد ما يخالفه وهذه هي الوسيلة الوحيدة لإلزام المقاول من الباطن باحترام العقد الأصلي. حيث أنه أجنبي عنه فيجب أن يأتي التزامه باحترامه بمقتضى شروط عقده.

ويلتزم المقاول من الباطن بتنفيذ العمل على وجه غير معيب وغير مناف للعقد وللمقاول الأصلي أن يقوم بإنذاره أثناء تنفيذ العمل بأن يعدل من طريقة التنفيذ المعيبة وعليه أن يحدد له أجلاً معقولاً حتى يعود على الطريقة الصحيحة.

والمقاول من الباطن إذ هو يعمل مستقلا فله الحرية في تنظيم عمله وله الاستعانة بعمال بمعرفته وله أن ينفذ العمل على مراحل طالما أن عرف المهنة يقضي بذلك.

أما إذا تقاعس عن التنفيذ أو حدث تراخ وعدم انتظام بدون مبرر فإن لرب العمل (أو المقاول الأصلي) أن يوجه له إنذاراً ويحدد له أجلاً معقولاً ليعود إلى الطريقة الصحيحة في التنفيذ وفقا للعقد والعرف فإذا صار مؤكـداً أن المقـاول بسبب هذا التراخي أو التباطؤ لن يستطيع أن ينجز العمل في المدة المتفق عليها أو التي يقضي بها العرف فإنه لا يجبر على الانتظار حتى يحل ميعاد التسليم بل له منذ تأكد ذلك أن يطلب فسخ العقد.

ولا يمنع هذا الاستقلال في العمل سواء الذي يتمتع به المقاول الأصـلي أو المقاول من الباطن أن يعين رب العمل أو المقاول الأصـلي مهندسـاً يتـولى الإشراف على التنفيذ أو على مراقبة التنفيذ وتوجيه النظر دون إصدار أوامر.

ولا يمنع هذا الاستقلال أن للمقاول الأصلي في حالة تعدد المقـاولين مـن الباطن أن ينسق بينهم، ولا تضامن بين المقاولين من الباطن إلا إذا اتفق بيـنهم وبين المقاول الأصلي على ذلك. أو كان التزامهم غير قابل للانقسام ولا تضامن بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي إلا إذا اتفق على غير ذلـك ويكـون اشتراط ذلك التضامن في عقد المقاولة من الباطن بمثابة اشتراط لمـصلحة رب العمل.

٨-٣-٣-١-٢ إلتزام المقاول من الباطن بتسليم العمل والالتزام المقابل له:-

الالتزام بتسليم العمل إلتزام مستقل عن الالتزام بإنجاز العمل فالأخير هـو إلتزام يتولد عن العقد وغير مضاف إلى أجل فيجب أن يبدأ المقاول بتنفيذ العمل أما الالتزام بالتسليم فهو يعني المدة التي يجب أن يتم فيها الإنجاز ويـتم فيهـا تسليم العمل، وهذا هو المقصود بميعاد التسليم. هذه المدة عادة ما تكون محـددة في العقد فإذا لم تكن محددة فيجب مراعاة العرف، ويجب أن نوضح أن التـزام المقاول من الباطن بالتسليم وكيفيته ومكانه يتولد عن عقد المقاولة من البـاطن وقد تختلف شروط ذلك العقد مع شروط عقد المقاولة الأصلي. فمن المتصور أن يحدد المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن ميعاداً أسـبق عـن الميعـاد المحدد في العقد الأصلي وميعاد التسليم هو في الأصل مقدر لمصلحة المقـاول إنما يجوز أن يكون مقدراً لمصلحة الطرفين ويبدأ التسليم بوضع العمل تحـت تصرف رب العمل. ولكن التسليم لا يتم بمجرد اتخاذ هذا الإجراء وإنما يجب أن يتسلمه رب العمل وفي أقرب وقت ممكن، فإذا تراخى عمـداً أو بإهمـال فـي الاستلام ، على المقاول أن يثبت ذلك بأن يوجه له إنذاراً رسمياً يدعوه للاستلام وعلى رب العمل إذا كانت لديه أسباب مشروعة للامتنـاع عـن الاسـتلام أن

يوضحها بورقة رسمية بحيث تكون رداً على الإنذار الرسمي، فإذا لم تكن هناك أسباب مشروعة فرب العمل سوف يتحمل المسئولية وتكـون حقـوق المقـاول محفوظة تماماً.

٨-٣-٣-١-٣ الالتزام بضمان سلامة العمل:-

الالتزام بالضمان مرتبط بالالتزام بالإنجاز لأنه يواجـه عيـوب الإنجـاز وفائدته أنه يقوم في المرحلة اللاحقة للتسليم فيغطي عيوب الإنجاز التي ظلـت خفية وقت التسليم. ويجب أن يكون واضحاً ، ذلك أن الخفاء شيء ووجود العيب شيء آخر. فالخفاء قد يستمر بعد التسليم أما وجود العيب نفسه فيجب أن يكون قائماً قبل التسليم أي يجب أن يكون العيب قديماً في نشأته ويجـب أن يتـصل العيب بنشاط المقاول السابق على التسليم.

وإلتزام الضمان الذي يخضع له المقاول من الباطن إلتزام عقـدي يخـضع للقواعد العامة في كل شيء ما لم يوجد بشأنه نص ويكون ضامناً للمـدة التـي يحددها الاتفاق أو العرف بشرط ألا تزيد عن خمس عشر سنة وهي مدة التقادم المسقط لأي إلتزام وتسري هذه المدة من تاريخ التسليم، فإذا انقضت هذه المـدة دون ظهور عيوب يسقط الضمان لانقضائه، أما إذا ظهر العيب فـإن دعـوى الضمان تسقط بمرور ثلاث سنوات من ظهور العيب.

يلتزم المقاول من الباطن بأن يقوم بتنفيذ العمل على نحـو غيـر معيـب والتزامه التزام بوسيلة أما الالتزام بأن يكون التنفيذ مطابقاً للعقد فهـو إلتـزام بنتيجة ولا يختلط الالتزامان فمن الممكن أن يكون التنفيذ معيباً ولكنـه مطـابق ويجوز أن يكون التنفيذ غير معيب ولكنه غير مطابق.

و مما يؤثر على سلامة العمل أن يكون التصميم به عيـوب والمعلـوم أن الذي يقوم بوضع التصميم هو المهندس المرتبط مع رب العمل الحقيقي بعقد لهذا الغرض وإلتزام المقاول من الباطن بالنسبة للتصميم يختلف اختلافاً كبيراً عـن إلتزام المهندس المعماري، إذ أن إلتزام هذا الأخير عن سلامة التصميم (شـرط أن يكون المهندس مكلفاً بالإشراف على التنفيذ) أما المقاول من الباطن فلا يكون متضامناً مع المهندس المعماري في هذا الصدد ويسأل فقط طبقاً للقواعد العامة عن وجوب تنفيذ العقد بحسن نية ، ومسئوليته عقدية أمـام المقـاول الأصـلي ويحاسب فقط إذا كشف عيوب التصميم وكتمها، أو لم يستطع كـشفها بـسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، ومع توافر الخطأ من جانب المقاول من البـاطن

في هذه الظروف . أن التهدم أو ظهور عيوب ليس خطأ في ذاته وليس قرينة على الخطأ، وإنما يجب إثبات مسئولية المقاول من الباطن وفقاً للقواعد العامة.

٨-٣-٣-٢ حقوق المقاول من الباطن: -

إن حقوق المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي لا يختلف فيها عن أي مقاول، وهي تتحصل في الحق في الأجر وفي الحق في التعويض.

ومن المقرر وفقاً لنص المادة ٦٨٢ من القانون المدني الكويتي أن الدائن في مطالبة رب العمل هم المقاولون من الباطن وعمال المقاول من الباطن ، فالمقاول من الباطن يكون طرفاً في المقاولة وهو دائن يطالب في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي ، وما يتبع الأجر من نفقات وثمن مهمات وأدوات وفوائد ، والطرف الآخر في هذه المطالبة أي الطرف المدين هو رب العمل بما يكون مستحقاً للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى. (الطعن بالتمييز ٥٣٢ / ٩٦ تجاري جلسة ١٥ – ٢ – ١٩٩٨)

٨-٣-٤ علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن : -

الأصل ألا تقوم ثمة علاقة مباشرة بين رب العمل ، والمقاول من الباطن إذ لا يربطهما أي تعاقد ، وهكذا تكون العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة غير مباشرة حيث لا يحق له المطالبة بأي من الآتي:

١. الالتزامات: لا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته إذ لا يربطهما أي تعاقد ، بل الذي يطالب بها المقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة من الباطن ، وأيضا في المقابل لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته. ولا يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بهذا الالتزام مباشرة ، إلا بموجب عقد المقاولة الأصلي لأن المقاول من الباطن ليس طرفاً فيه ، و إنما يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن بهذا الالتزام بدعوى غير مباشرة يرفعها باسم مدينه المقاول الأصلي ويدخل فيها المقاول من الباطن .

٢. تسليم العمل: ولا يستطيع كذلك رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بتسليم العمل ، وإنما يستطيع ذلك بدعوى غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه المقاول الأصلي قبل مدينه المقاول من الباطن.

٣. الضمان: ولا يجوز أخيراً لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالضمان ، و لكن يستطيع بالدعوى غير المباشرة أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلي في الضمان قبل مدين مدينه المقاول من الباطن .

٨-٣-٥ المقاول من الباطن ورب العمل: -

" لا يستطيع المقاول من الباطن مطالبة رب العمل مباشرة بالتزاماته ، فالذي يستطيع أن يطالبه بها مباشرة هو المقاول الأصلي. "

فالالتزام بتمكين المقاول من إنجاز العمل، والالتزام بتسلم العمل وتقبله، لا يستطيع المقاول من الباطن الرجوع بهما مباشرة على رب العمل، وإنما يستطيع أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلي في الرجوع على رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة . والالتزام بدفع الأجر فالأصل أن المقاول من الباطن لا يستطيع الرجوع به مباشرة على رب العمل، وإن كان يجوز له أن يستعمل حق مدينه المقاول الأصلي في الحصول على أجره قبل رب العمل بطريق الدعوى غير المباشرة، لكن القانون أورد هنا إستثناءً هاماً وهو جواز مطالبة المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي لرب العمل بالأجرة مباشرة وذلك طبقاً لما قضت به المادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري والمادة ٦٨٢ من القانون المدني الكويتي حيث نصت الأولي على أنه:

(١- يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل.

٢- ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.

٣- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة ، على حقوق من ينزل له المقاول عن دين قبل رب العمل.). (الشهاوي - عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن - ص ٢٤٧).

ونص المادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري يقابل نص المادة ٦٧٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، التي قضت بأن " جميع الذين استخدموا في

إقامة المنشأ يحق لهم أن يطالبوا صاحب المال مباشرة بقدر المبلغ الذي يكـون مديناً به للمقاول وقت إقامة الدعوى".

كما يقابله نص المادة ٧٩٩ من التقنين المدني الأردني والتي قضت بأن " لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل".

ومفاد ذلك أن هذا النص قصر الحق في رجوع المقاول من البـاطن علـى رب العمل على حالة وجود حوالة من المقاول الأصلي لحقوقه لدى رب العمـل إلى المقاول من الباطن ولم ير المشرع الأردني إعطاء المقاول من البـاطن أو عماله الحق في رفع الدعوى المباشرة على رب العمل أو المقاول الأصلي، كما لم يمنحهم حق امتياز يجنبهم مزاحمة دائني المقاول الأصلي كما فعـل التقنـين المصري.

بينما يقابل نص المادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري نص المـادة ٦٨٢ من التقنين المدني الكويتي والتي قضت بأن:

(١- للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصـلي في تنفيذ العمل، أن يطالبوا رب العمل مباشرة بما يستحق لهـم قبـل المقـاول الأصلي في حدود القدر الذي يكون لهذا الأخير على رب العمـل وقـت رفـع الدعوى. ٢- ولعمال المقاول من الباطن أيضاً دعوى مباشرة قبـل كـل مـن المقاول الأصلي ورب العمل في حدود المستحق عليه).

كما قضت المادة ٦٨٣ من التقنين المدني الكويتي بأن (للمقاول من الباطن والعمال المذكورين في المادة السابقة أن يستوفوا حقوقهم بالامتياز على المبـالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن، ويـستوفون حقـوقهم عنـد تزاحمهم بنسبة دين كل منهم).

وكما هو واضح فقد ذهب نص المادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري إلى حماية المقاول من الباطن ساعياً في ذلك نحو حمايته من مزاحمة دائني المقاول الأصلي، باسطاً حمايته على عمال المقاول الأصلي وأيضاً عمال المقاول مـن الباطن - على اعتبار أن هؤلاء العمال في حاجة أيضاً إلى الرعاية عن شخص المقاول من الباطن - فمنح هؤلاء جميعاً دعوى مباشرة، وحق امتياز يجنـبهم مزاحمة دائني المقاول الأصلي (راجع الموسـوعة القانونيـة لـصيغ الأوراق

القضائية – دكتور قدري عبد الفتاح الشهاوي – طبعة ٢٠٠٠ توزيع منشأة المعارف الإسكندرية). "الشهاوى عقد المقاولة ص٢٤٨-٢٤٩ ".

٨-٣-٦ أطراف المطالبة :-

طبقاً لنص المادة ٦٦٢ من التقنين المدني المصري وما يقابلها في التقنيات المدنية الآخرى كما سبق و أوضحنا فإن الدائنين في المطالبة هم:

١- المقاولون من الباطن.

٢- عمال المقاول.

٣-عمال المقاول من الباطن.

و تفصيل ذلك فيما يلي:-

١- المقاول من الباطن :

يكون المقاول من الباطن طرفاً في المقاولة ، وهو دائن يطالب في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي وما يتبع الأجر من نفقات وملحقات وثمن مهمات وأدوات وفوائد ، والطرف الآخر في هذه المطالبة ، أي الطرف المدين ، هو رب العمل ، ولا يطالبه المقاول من الباطن إلا بالقدر الذي يكون رب العمل مديناً به فقط للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة عليه من المقاول من الباطن .

٢- العامل الذي يعمل طرف المقاول :

يكون مرتبطاً أيضاً بعقد عمل ومن ثم يكون طرفاً في المطالبة ، سواء قام المقاول بالعمل كله بنفسه أو قاول على بعضه من الباطن ، ففي جميع الصور يستطيع عامل المقاول الرجوع في حدود الأجر المستحق له وكل حق آخر له في ذمة المقاول بموجب عقد العمل أما إذا كان مصدر حق العامل في ذمة المقاول سبباً آخر غير عقد العمل ، كالمسئولية التقصيرية – فلا يرجع العامل في هذه الحالة على رب العمل بالدعوى المباشرة ، ولكن يجوز له الرجوع بالدعوى غير المباشرة طبقاً للقواعد العامة على رب العمل بما هو مستحق في ذمة هذا الأخير للمقاول ، بموجب عقد المقاولة وقت رفع الدعوى غير المباشرة من العامل على رب العمل .

٣- العامل الذي يعمل لدى المقاول من الباطن :

العامل يكون مرتبطاً بعقد عمل لدى المقاول من الباطن ومن ثم يكون طرفاً في المطالبة ، ويرجع في حدود ما هو مستحق له في ذمة المقاول من البـــاطن بموجب عقد العمل.

و يحق له الرجوع على:

(أ) المقاول الأصلي: باعتباره رب عمل بالنسبة إلى المقاول من الباطن ، فهو مدين مدينه .

(ب) رب العمل: باعتباره رب العمل للمقاول الأصلي ، فهو مدين مدينه .

أما إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضاً بـــدوره مـــن البـــاطن ، فالمقاول من الباطن الثاني يرجع بالدعوى المباشرة علـــى المقـــاول الأصـــلي باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشـــرة على رب العمل على اعتبار أن نص المادة ٦٦٢ مـــدني مـــصري" لا تعطـــي الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن إلا على رب العمل الذي قاول مقاولة وهو هنا المقاول الأصلي ، وعمال المقاول من الباطن الثـــاني يرجعـــون بالـــدعوى المباشرة على المقاول من الباطن الأول وهو مدين مدينهم ، وعلـــى المقـــاول الأصلي وهو مدين مدينهم ، دون رب العمل فهو ليس إلا مدين مدينهم ".

٨-٣-٧ نتائج الدعوى المباشرة وحق الامتياز : -

قبل رفع هذه الدعوى المباشرة وقبل إنذار رب العمل بالوفاء لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلي عدم رجوع المقاول من الباطن أو العمال عليه بدعوى مباشرة ، فإن هذا الاتفاق المعقود ما بين رب العمل والمقـــاول لا يمس حقوق المقاول من الباطن والعمال إذ هم ليسوا طرفاً فيه ، وقد اســـتمدوا حقوقهم من القانون ، وقبل رفع هذه الدعوى وقبل إنذار رب العمـــل بالوفـــاء يجوز للمقاول الأصلي أن يتصرف في حقه المترتب في ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات ، ويكون هذا التصرف سارياً في حق المقاول من البـــاطن أو العامل ، فالمقاول الأصلي يستطيع أن يستوفي هذا الحق من رب العمل كلـــه أو بعضه ، ويكون هذا الوفاء سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل ، ولـــو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ وذلك إعمالاً لـــنص المـــادة ٢/٣٩٥ مـــدني كويتي والتي تقابلها المادة ٣٢٧ من القانون المدني المصري " الشهاوى عقـــد المقاولة ص٢٥٠-٢٥١ ".

كذلك لا تجوز المقاصة بين حق المقاول الأصلي في ذمة رب العمل ودين في ذمته له من وقت رفع الدعوى المباشرة كما لا يجوز إبراء المقاول الأصلي ذمة رب العمل من ذلك الوقت أيضاً .(راجع : د. محمد لبيب شنب – المرجع السابق فقرة ١٣٤ – ص ١٥٨) (الشهاوى – عقد المقاولـة فـي التـشريع المصري المقارن ٢٥٢ص).

" وجيز القول أن مباشرة المقاول من الباطن أو العامل الدعوى المباشـرة على رب العمل يوفر لكلاهما إمكانية الحصول على جميع ما هو مـستحق لأي منهما في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت الإنذار بالوفاء فيتـوقى بـذلك مزاحمة سائر دائني المقاول الأصلي – وهذه هي ميزة الدعوى المباشرة . كما يستطيع أيضاً رافع الدعوى المباشرة أن يتجنب مزاحمة دائني المقاول الأصلي لو أنه أوقع حجزاً تحت يد رب العمل على ما في ذمته للمقاول الأصلي – فإذا كان مباشر الدعوى المباشرة هو عامل المقاول من الباطن فإنه يوقـع الحجـز تحت يد رب العمل ، أي تحت يد مدين مدينه خلافاً للقواعد العامة المقررة فـي الحجز تحت يد الغير" .

وبالطبع يضحى لمباشر هذه الدعوى المباشرة حق امتياز يتقدم بـه علـى سائر دائني المقاول الأصلي . وحق الامتياز موجود بحكم القانون ، فالحجز لا يوجده ، ولكن فائدة الحجز هي في تحديد محل الامتياز (د. محمد لبيب شنب – المرجع السابق – فقرة ١٣٤ ص ١٥٩).

والحق الممتاز هو للمقاول من الباطن أو العامل في ذمة المقاول الأصلي ، فيتقاضى المقاول من الباطن أو العامل حقه الممتاز من المبالغ التي في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز ، متقدماً على سائر دائنـي المقـاول الأصلي فلا يستطيع هؤلاء أن يزاحموه " الشهاوى – عقد المقاولة في التـشريع المصري المقارن – ص ٢٥٣ ".

أما المقاولون من الباطن والعمال فيتزاحمون فيما بينهم ، فلو تعدد هـؤلاء ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة ولم يكن ما في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي يفي بجميع حقوقهم ، تم قسمة ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة غرمـاء فيما بينهم ، كل بنسبة حقه ، ويستوي في ذلك أن يتزاحم المقاولون من الباطن ، أو هم وعمال المقاول ، أو هؤلاء جميعاً ومعهم عمال المقاولين من الباطن .

وإعمالاً لنص المادة ٢/٦٦٢ من التقنين المدني المصري والتي قضت بأن (... ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة) (للمقاولين من الباطن وعمالهم وعمال المقاول الأصلي) يجب على رب العمل من وقت توقيع الحجز تحت يده أن يوفي أولاً حقوق المقاولين من الباطن والعمال ، مقدماً إياهم على سائر دائني المقاول الأصلي حتى لو تم حجز هؤلاء تحت يده ، فإذا لم يفِ ما في ذمته للمقاول الأصلي بحقوق المقاولين من الباطن والعمال ، تم تقسيمه بينهم قسمة غرماء ، كل بنسبة حقه ، ولن يأخذ سائر دائني المقاول الأصلي شيئاً حتى لو كانوا قد حجزوا هم أيضا تحت يد رب العمل . ويجوز لرب العمل ، دون انتظار لاستصدار أمر من القاضي ، أن يؤدي هذه المبالغ مباشرة للمقاولين من الباطن والعمال طبقاً للعرض السابق " الشهاوى – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ص٢٥٤.

٨-٣-٨ نزول المقاول الأصلي عن حقه القائم في ذمة رب العمل عن طريق حوالة الحق:

نصت المادة ٦٦٢ فقرة أخيرة من التقنين المدني المصري بأن (... وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل).

ويقابل هذا النص فى التقنينات العربية الأخرى : المادة٦٢٨ في التقنين المدني السورى والمادة ٨٨٣ وفى التقنين المدني العراقي والمادة ٦٧٨ فى تقنين الموجبات والعقود اللبناني وفى التقنين المدني الكويتي المادة ٦٨٢-٦٨٣ وفي التقنين المدني الأردني المادة ٧٩٩ وفى التقنين المدني الليبي المادة٦٦١.

ويستفاد من هذا النص أن الحوالة لا تسري في حق المقاول من الباطن والعامل ، ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز ، بل يقدم في جميع الأحوال حق المقاول من الباطن أو العامل على حق المحال له " الشهاوى – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ص٢٥٤".

وإذا كانت المادة ٣٦٤ من القانون المدني الكويتي تنص علي أنه (يجوز للدائن أن يحيل إلي غيره ما له من حق في ذمة مدينه ، إلا إذا منعه من ذلك نص في القانون أو اتفاق الطرفين أو طبيعة الالتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلي رضاء المدين) . وكان نص المادة ٣٦٦ من ذات القانون ينص علي أنه (لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين أو في حق الغير إلا إذا قبلها المدين أو

أعلنت له ، علي أن نفاذه في حق الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون القبـول ثابت التاريخ) ، كما تنص المادة ٣٦٨ من ذات القانون علي أن (ينتقل الحـق إلي المحال له بصفاته وتوابعه وتأميناته) ، فإن مفاد ذلك أن انتقال حق المقاول الأصلي قبل رب العمل إلي المحال له يتم متقلاً بالامتياز المقرر قانوناً للمقاول من الباطن متي كانت هذه الحوالة قد تمت في تاريخ لاحق لإبرام عقد المقاولـة من الباطن . (الطعن بالتمييز ٧٤٧ / ٩٨ تجاري جلسة ٢٥ – ٣ – ٢٠٠٠)

٨-٣-٩ مبدأ إلتزام مقاول الباطن بالعرض الذي يقدمه للمقاول الرئيسي:-

الجاري في قطاع التشييد هو أن يقوم المقاول من البـاطن بتقـديم أسـعار للمقاول الرئيسي بناءً على طلبه ويأخذ المقاول الرئيسي هذه الأسعار ويبني على أساسها عرضه وإذا ما نجح المقاول الرئيسي في الحصول على العقد يعود مرة أخرى ويطالب مقاول الباطن بالقيام بالأعمال وفقاً للسعر الذي قدمه له في أثناء فترة التسعير واعتمد عليه المقاول الرئيسي في تسعيره ويبقى السؤال هنا هـل هذا العرض الذي تقدم به مقاول الباطن إلى المقاول الرئيسي والـذي اسـتعمله المقاول الرئيسي يصلح لإلزام مقاول الباطن بالقيام بالأعمال في هذا العقـد ؟، حيث إن ما يقدمه مقاول الباطن في العادة هو مجرد إيجـاب لـدعوة المقـاول الرئيسي لتقديم العطاء ولم يقابله قبول من المقاول الرئيسي فيبقى هذا العـرض مجرد إيجاب حتى يأتي القبول من المقاول الرئيسي فهو في حد ذاته ليس عقـداً بل مجرد إيجاب لعقد وكي يكون هناك عقد يجب على المقاول الرئيسي أن يقبله في فترة معقولة وفقاً لما تقدم من قبول العروض وفي معظم هذه العروض دائماً تؤخذ على أن هناك فترة صلاحية تسمح للمقاول الرئيسي بقبول العطاء أمـا إذا تخطت هذه الفترة أو أن الأمور قد طالت إلى درجة ليست منطقية فإنـه يمكـن للمقاول من الباطن أن يتحلل من إيجابه ولذا فإنه في قطاع التـشييد يجـب أن يكون في العرض أو الإيجاب الذي يقدمه مقاول الباطن بنود صريحة وواضحة تحدد مدى صلاحية العقد ومدى إلزامه لمقاول الباطن وأيضاً إذا اكتشف مقاول الباطن أن هناك خطأ في العطاء الذي تقدم به فإنه يعامل كما يعامل الخطأ فـي الإيجاب ويمكن أن يتحلل منه بناءً على ذلك.

حالة عملية:

في هذه الحالة العملية تقدم مقاول الباطن إلى المقاول الرئيسي بعطاء وكان فيه خطأ فأقرت المحكمة أن مجرد إعتماد المقاول الرئيسي على هذا العطاء في العرض الذي تقدم به بدوره إلى رب العمل ليس يعد قبولاً والقبول يجب أن يأتي

بشكل صريح فإن مجرد استعمال المقاول الرئيسي للعرض الذي تقدم به مقاول الباطن في عطائه لا يعد قبولاً حيث إنه ليس موجه لمقاول الباطن نفسه أي أن المتفق عليه في القضاء الأنجلوسكسوني أن مجرد أن يعتمد المقــاول الرئيــسي على عرض مقاول الباطن لا يعد قبولاً لعرض مقاول الباطن، ويجب أن تكون هناك بنود واضحة في العقد تحدد مثل هذا القبول أو يتم القبول وفقاً للقانون .

The court found that the fact that the offer had purported to be "firm" was of no consequence because it was unsupported by consideration and because Gimbel (a subcontractor) had withdrawn his bid before it was formally accepted by Baird (the general); therefore there was no enforceable contract.

James Baird Co. v. Gimbel Bros., 64 F. 2d 344 (2d Cir. 1933).

إلا أنه في قضايا أخرى أقرت المحكمة بأنه استقراراً للمعاملات التجاريــة ونظراً لأن كلاً من المقاول والمقاول من الباطن من التجار فإن هنــاك نظــرة أخرى من هذا المنطلق تتيح للمقاول الرئيسي الاعتماد على العرض الذي يتقدم به مقاول الباطن ويلزمه به في حالة إذا ما تم ترسية العقد ووضــعت المحــاكم الأنجلوسكسونية هذه الشروط الأربعة التي تلقي إلتزاماً على مقاول الباطن بــأن يلتزم بالعرض الذي تقدم به للمقاول الرئيسي واعتمد عليه، والأربعــة شــروط هي:

أولاً: أن يكون الوعد الذي تقدم به مقاول الباطن إلــى المقــاول الرئيــسي واضحاً لا غموض فيه.

ثانياً: أن يثبت المقاول الرئيسي أنه اعتمد على هذا الوعد في عطائه.

ثالثاً: أن يكون هذا الاعتماد على العرض واضحاً بالنسبة لمقاول الباطن أو الطرف الذي تقدم بالوعد.

رابعاً: أن يكون هناك ضرر يقع على الطرف الذي يعتمد على هذا الوعد.

… There must be “(1) the presence of a promise unambiguous in its terms; (2) reasonable reliance upon the promise by the party to whom the promise is made; (3) the reliance is expected and foreseeable by the party who makes

the promise; and (4) the party to whom the promise is made must sustain injury in reliance on the promise."

Powers Constr. Co. v. Salem Carports, Inc., 322 S.E.2d 30 (S.C. App. 1984).

حالة عملية:

ما هو مدى التزام المقاول الرئيسي بالتعاقد مع مقاول الباطن الذي استخدم عطاءه ؟ والتزام المقاول الرئيسي بالتعاقد مع المقاول من الباطن الذي استخدم عرضه في العطاء الذي تقدم به لرب العمل ؟ وهل يمكن لمقاول الباطن أن يطالب المقاول الرئيسي بالتعاقد معه إذا ما استعمل العرض الذي تقدم به وعلى أساسه تم ترسية عقد المقاولة؟. ما اتجه إليه القضاء الأنجلوسكسوني في القضايا المختلفة أنه لا يمكن لمقاول الباطن أن يعتبر أن مجرد استعمال العرض الذي تقدم به من قبل المقاول الرئيسي هو قبول لعرضه أي أنه يمكن للمقاول الرئيسي حتى مع استعماله العرض الذي تقدم به مقاول الباطن و بنى عليه عطاءه الذي تقدم به لرب العمل أن يستعمل مقاولاً آخر ولذا فإنه يجب أن تكون اللغة صريحة في حالة تقديم عطاء وذلك بأن يذكر صراحة في هذا الشرط أنه إذا ما تم استعمال العرض المقدم من المقاول ونجح المقاول الرئيسي في الحصول على العقد فإنه ملزم أن يعهد إلى مقاول الباطن بالأعمال التي تم الاتفاق عليها مع مقاول الباطن.

... The court ruled that trade custom and usage are admissible only where an existing agreement is ambiguous as to the intent of the parties; here, there was no mutual agreement between the parties to interpret.

Corbin-Dykes Electric Co. v. Burr, 18 Ariz. App. 101, 500 P.2d 632 (1972).

وفي أحيان أخرى قد يطلب رب العمل من المقاول إعطاءه قائمة بمقاولي الباطن الذين يعتزم التعاقد معهم في إنشاء الأعمال في حالة إذا ما تم ترسية العقد عليه ويستعمل المقاول بعض المقاولين الذين لهم سمعة طيبة في السوق أو من يعتقد أن لهم كفاءة وتصبح الآن المشكلة حالة إذا ما نجح المقاول الرئيسي في الحصول على العقد فهل يلزمه في هذه الحالة التعاقد مع المقاولين الذين استعمل أسماءهم في التقديم. ولقد استقر القضاء الأمريكي على أنه غير ملزم للمقاول الرئيسي أن يتعاقد مع هؤلاء المقاولين حيث إن مجرد ذكر أسمائهم في عطائه الذي تقدم به لا يعد إلتزاماً من طرفه بأن يتعاقد معهم.

... The court held that listing a subcontractor does not constitute acceptance of that subcontractor's bid. The court stated that there is "a large body precedent holding that no contract is formed by the listing of a subcontractor in a general contractor's bid."

Holman Erect. Co. v. Orville E. Madsen & Sons, 330 N.W.2d 693 (Minn. 1983).

المرجع التشريعي قاعدة رقم (٣٤٩)

دعوى مباشرة لمقاول الباطن ضد رب العمل للمطالبة بحقوقه لدى المقاول الأصلي –مقاول الباطن طرف في المقاولة من الباطن ودائن يطالب في حدود الأجر المستحق له بذمة المقاول الأصلي وتوابع هذا الأجر، الطرف المدين هو رب العمل بما يكون مستحقاً للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.

الفوائد التأخيرية عن مستحقات مقاول الباطن لا تستحق بالنسبة لرب العمل إلا من تاريخ رفع الدعوى. (حكم التمييز الطعن رقم ٩٦/٥٣٢ تجاري جلسة ١٩٩٨/٢/١٥).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٥٠)

يشترط لرجوع المقاول من الباطن على رب العمل مباشرة ومطالبته بما يستحق له قبل المقاول الأصلي أن يكون رب العمل مديناً للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.

وحق مقاول الباطن يتعلق بالمبالغ المستحقة حتى تاريخ رفع الدعوى فقط، ولا يخل بحق صاحب العمل في صرف أي دفعات تستحق للمقاول الأصلي في تاريخ لاحق على رفع الدعوى.

وفيما يتعلق بتسوية الحساب بين رب العمل والمقاول الأصلي – فلرب العمل خصم غرامات التأخير، وغرامات الغياب، وأي خصومات أخرى متعلقة بالمواد غير المطابقة للمواصفات ... إلخ دون انتظار إجراءات التقاضي، فإذا ترتب على تسوية الحساب عدم مديونية رب العمل، فإنه لا يحق لمقاول الباطن الرجوع عليه. (حكم التمييز الطعن رقم ٨٩/٣٤٩ تجاري جلسة ١٩٩٠/٤/١).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٥٤)

يشترط لرجوع مقاول الباطن على رب العمل أن يكون مديناً للمقاول الأصلي بموجب عقد المقاولة الأصلي وقت رفع الدعوى.

إمتياز دين مقاولي الباطن تجاه رب العمل عند التزاحم – ضرورة الحصول على حكم بالحق أو توقيع الحجز على ما للمقاول الأصلي لدى رب العمل حتى يتحدد محل الامتياز والنسبة التي سوف يتقاضاها عند التزاحم – لا يجوز لجهة الإدارة إجراء قسمة غرماء من تلقاء نفسها دون الحكم بذلك.

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٥٧)

الفوائد التأخيرية لا تستحق بالنسبة لرب العمل إلا من تاريخ رفع الدعوى.

يترتب على قيام الوزارة بالاتفاق مع مقاول الباطن على تنفيذ بعض الأعمال التي نفذها المقاول الأصلي على وجه معيب أو تأخر في تنفيذها نشوء علاقة تعاقدية جديدة ومباشرة بين الوزارة ومقاول الباطن.

ويحق لمقاول الباطن تقدير الأعمال المسندة إليه بقيمة مستقلة ومغايرة عما يقابلها بالعقد الذي يربط بين الوزارة والمقاول. (حكم التمييز – الدائرة التجارية الأولى والإدارية – فى الطعن رقم ٢٠٠٠/٤٧٥ جلسة ٢٠٠١/٦/٢٥).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٥٨)

عدم مسئولية مقاول الباطن عن غرامات التأخير المستحقة على الفترة السابقة على نشوء علاقة مباشرة بينه وبين الوزارة لتنفيذ بعض الأعمال بدلاً من المقاول الأصلي. (حكم التمييز – الدائرة التجارية الأولى والإدارية في الطعن رقم ٢٠٠٠/٤٧٥ تجاري ١ جلسة ٢٠٠١/٦/٢٥).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٥٩)

لمقاول الباطن الحق في مطالبة رب العمل مباشرة بقيمة محجوز الضمان وذلك إذا ما انقضت فترة الصيانة دون وفاء المقاول الأصلي بالتزامه بدفع قيمته لمقاول الباطن. (حكم المحكمة الكلية – تجاري مدني كلي حكومة / ٦ في الدعوى رقم ٩٨/٨٠٦ جلسة ١٩٩٩/٢/٢٢).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٦٣)

مدى جواز إضافة شرط في العقود التي تبرمها جهة الإدارة مع المقاولين يقضي بعدم جواز حوالة الحقوق الناشئة عنها إلى البنوك أو قبول حوالتها مع تخويل جهة الإدارة الحق في صرف المبالغ المستحقة للمقاولين من الباطن لدى المقاول الرئيسي في حالة عدم سداد هذه المبالغ لهم وذلك حرصاً على مصلحة العمل وإنجاز الأعمال في المواعيد المحددة، وتلافياً للمشاكل والمنازعات التي تقع بين المقاولين من الباطن والمقاول الرئيسي.

إن المادة ٣ من المستند (٢) من الشروط الحقوقية "مواد عامة" والذي يعد جزءاً لا يتجزأ من مستندات العقد على النحو الوارد بالمستند (١) أصول المناقصة ينص على أنه "لا يجوز للمقاول أن يتنازل عن العقد أو جزء منه أو عن مستحقاته بموجبه بدون الموافقة الخطية المسبقة من صاحب العمل" وعلى ذلك فإن هذا الشرط من شأنه أن يحقق رغبة جهة الإدارة في منع المقاول من حوالة حقوقه الناشئة عن العقد الذي يبرمه مع جهة الإدارة قبل الحصول على موافقتها الكتابية المسبقة، أما عن تضمين هذه العقود شرطاً يقضي بتخويل جهة الإدارة الحق في دفع مستحقات المقاولين من الباطن حالة عدم سداد المقاول الأصلي لمستحقاتهم الناشئة عنها فإن هذا الشرط قد ورد صراحة في البند (ب) من المادة ١٧ الخاصة متعهدي الباطن من المستند (١-٢) تعليمات إلى المناقصين وكذلك المادة (٥٩-٢) الدفعات للمقاولين من الباطن المستند (٢) الشروط الحقوقية، ومن ثم فإن هذه الأحكام التي تناولتها الشروط سالفة البيان تحقق الغاية التي تقصدها جهة الإدارة من إضافة الشروط المقترحة. (فتوى رقم ٣٠٩ بتاريخ ١٩٨٩/٢/٩ مرجع رقم ٨٩/٢٧/٢).

المرجع التشريعي القاعده رقم (٣٦٣)

لمقاول الباطن أن يطالب رب العمل مباشرة بما يستحق له قبل المقاول الأصلي في حدود القدر الذي يكون لهذا الأخير على رب العمل وقت رفع الدعوى.

إذا كان المقاول الأصلي ليس له أية مستحقات لدى رب العمل وقت رفع الدعوى فإن مقاول الباطن لايملك سوى الرجوع على المقاول الأصلي بما له من مستحقات.

(حكم المحكمة الكلية -القضية رقم ٩٣/٢٦٠٥ بجلسة ١٩٩٦/٣/٣٠).

(حكم التمييز الطعن رقم ٩٣/٢٧ تجاري جلسة ١٩٩٣/٦/٢٠).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٦٦)

إذا كان المقاول من الباطن قد قاول هو أيضاً بدوره من الباطن، فالمقاول من الباطن الثاني يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول، ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل (الوزارة) إذ أن نص المادة ٦٨٢ مدني كويتي لا تعطي الدعوى للمقاول

من الباطن إلا على رب العمل الذي قاول مقاوله وهو هنا المقـاول الأصـلي. (حكم التمييز الطعن رقم ٩٦/٢٨٠ تجاري جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٠).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٦٧)

مقاول الباطن لا يجوز له رفع الدعوى المباشرة ضد رب العمل (الوزارة) وإنما يجوز له رفع هذه الدعوى على المقاول الرئيسي باعتباره رب العمل الذي تعاقد معه المقاول من الباطن. (حكم محكمة الاستئناف الطعن رقـم ١٩٩٨/٣٧ ت/٥ جلسة ١٩٩٨/٥/٦).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٧٥)

مطالبة المقاول الأصلي لمقاول الباطن برد ما تقاضاه متجاوزاً قيمـة مـا أنجزه من أعمال لا تستند إلى عقد المقاولة من الباطن، وإنما تخضع لدعوي رد غير المستحق باعتباره من تطبيقات نظرية الإثراء بلا سـبب يـسقط بالتقـادم الثلاثي.

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٧٧)

يجوز لرب العمل الرجوع على مقاول الباطن بالضمان العشري للأعمـال المكلف بها من المقاول الأصلى إذا تضمن عقد المقاولة من الباطن ما يفيد التزام المقاول من الباطن بالضمان طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير. (حكم التمييز الطعن ٩٦/٥١٢ تجارى جلسة ١٩٩٨/٣/٢٢).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٨٣)

مدى جواز تضمين العقود التي تبرمها الوزارة مع المقاولين شرطاً يقضي بألا يحيل المقاول إلى الغير ماله من حقوق ناشئة عن العقد المبـرم معهـا إلا بموافقة كتابية مسبقة منها.

حالة عملية من القضاء الأنجلوسكسوني:

موافقة مقاول الباطن على البرنامج الزمني المعدل يسقط حقه في المطالبـة بالتكاليف الإضافية:

SUBCONTRACTOR WHO AGREED TO REVISED WORK CHEDULES DENIED CLAIM FOR EXTRAS

Acme Masonry Ltd. v. Bird Construction Ltd .

The British Columbia Court of Appeal held that, since Acme (the masonry subcontractor) had accepted the changes

in the work schedule, the contract had thereby been amended and therefore Bird (the contractor) was not in breach of contract. Thus, on the evidence, there was no basis upon which Acme could claim damages.

In any event, Acme had not complied with the requirements of the clause in the contract requiring that written notice of claims for damages be given.

(3.3.07.L)

British Columbia Court of Appeal

Lambert, Anderson and Cheffins JJ.A.

March 24, 1986

تتعلق هذه الحالة بعلاقة بين مقاول رئيسي ومقاول باطن حيث قام المقاول الرئيسي بتعديل البرنامج الزمني ووافق على ذلك المقاول من الباطن ولم يبدي في حينه أي إعتراضات أو تحفظات ثم عاد بعد انتهاء العمل وادعى أن هذا التعديل نتج عنه تأخير في الأعمال المعهود إليه بها وكذلك زيادة في الكلفة عما كان متفقاً عليه ، ولجأ إلى القضاء إلا أن القضاء الكندي وجد أنه وافق على التعديل ولم يتحفظ على أي بنود في حينه فاعتبر أن التعديل قام بموافقة الأطراف ولا يستحق أي تعويض، حيث إن العقد ينص على أن يقدم كتابة أي مطالبة عن التعويض عن الأضرار في حينه.

حالة عملية من القضاء الأنجلو سكسوني :

إذا اتفق مقاول الباطن والمقاول الرئيسي على أن المقاول الرئيسي لا يدفع قيمة الأعمال إلا إذا دفع له رب العمل قيمة هذه الأعمال فهذا إتفاق ملزم.

SUBCONTRACTOR NOT PAID WHEN OWNER REFUSES TO PAY GENERAL FOR SUB'S WORK

Everall Construction Limited v. Stuart Olson Construction Inc.

"Pay when paid" clause in construction subcontract - owner refuses to pay contractor for work performed by sub-contractor - pays sub only what it received from owner - court upholds contract clause - contract leaves no room for implying duty to pay subcontractor.

(7.3.01.L)

Court of Queen's Bench of Alberta

M. Funduk, Master in Chambers

May 8, 1990

حالة عملية :

الموضوع : عقد المقاولة

الموضوع الفرعي : العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن

فقرة رقم : ١

إن النص في الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ من القانون المدني المصري على أن : (وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دين قبل رب العمل) يقتضي أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلي ناشئ عن عقد المقاولة ، وألا يكون قد تم الوفاء به للمحال إليه ، أما إذا كان هذا الأخير قد اقتضى الحق المحال فعندئذ تجب التفرقة بين حالتين :

الأولى- أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن أو العامل الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي وقبل أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بعدم الوفاء بدين المقاول المذكور ، ففي هذه الحالة يكون الوفاء للمحال إليه مبرئاً لذمة رب العمل وسارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل.

الحالة الثانية – أن يكون الوفاء لاحقاً للحجز أو الإنذار فلا يسري – عندئذ – في حق المقاول من الباطن ، و يكون له – رغم ذلك – أن يستوفي حقه قبل المقاول الأصلي بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار في ذمة رب العمل ، و لو كان نزول المقاول الأصلي عن حقه للغير سابقاً على الحجز أو الإنذار . (الطعن رقم ٨١ لسنة ٤٣ ق ، جلسة ١٩٧٩/٤/١٠).

الموضوع : عقد المقاولة

الموضوع الفرعي : العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن.

فقرة رقم : ٢

إن المادة ٤١٣ من القانون المدني (المصري سابقاً والمادة ٦٦١حالياً) و لو أنها تخول المقاول إعطاء المقاولة لآخر إذا لم يكن متفقاً على خلاف ذلك إلا أنها تعده مسئولاً عن عمل هذا الآخر ، و بناء على ذلك فإن مجرد قيام مقاول من الباطن تحت إشراف الحكومة بالعمل الذي تعاقد عليه المقاول الذي اتفقت

معه لا يقطع مسئولية هذا المقاول ، خصوصاً إذا كان في شروط التعاقـد مـا يحمله مسئولية الأضرار الناجمة عن تنفيذ المقاولة.

(الطعنان رقما ٧٦ لسنة ١٠ ق ، ٥ لسنة ١١ ق ، جلسة ١٩٤١/٤/١٧).

(الطعن رقم ٠١٢٠ لسنة ١٨ مكتب فني ٠٢ صفحة رقم ٣٠ بتاريخ ٠٩-١١-١٩٥٠).

٨-٤ القـــوة القاهـــرة:-

تعتبر القوة القاهرة أمراً مرادفاً للحادث المفاجئ ، فكلاهمـا شيء واحـد (مدني مصري ١٧٨) "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المـدني – ح ٢ ص ١٢٢٦ "، وتؤكد محكمة النقض بأن توافر القوة القاهرة ينقضي بهـا التزام المدين من المسئولية العقدية و تنتفي بهـا علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسئولية التقصيرية فلا يكون هناك محل للتعـويض فـي الحـالتين (١٧٩) . (نقض ١٩٧٦/١/٢٩ س ٢٧ ص ٣٤٣ .ص١١٠).

ولاعتبار الحادث قوة قاهرة يجب عدم إمكان توقعـه واسـتحالة دفعـه أو التحرر منه (م١٨٠مصري) (نقض جنائي ١٩٧٩/٣/٧ س ٤٥ ق رقم ٧٨٤ " لم ينشر ") ، وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تفسير موضوعي تملكه محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها علـى أسـباب سـائغة (م١٨١مـصري) (نقـض ١٩٥٦/١٢/٢٧ س ٧ ص ١٠٢٢) فهـذه الظواهـر يمكن التنبوء بحدوثهـا على ضوء التقدم العلمي المعاصر ومن ثم لا تعتبر قوة قاهرة إلا إذا خرجت عن التوقع وكان من المستحيل دفعها لذلك قضى بأنـه لا يعتبر قوة قاهرة تقلب الجو تقلباً معتاداً يكون من شأنه إحداث تمدد أو تقلص في البناء (م مصري١٨٢) "استئناف مختلط ١٩٣٧/١١/٤م ٥٠ ص ٨ " عكس ذلك حكم آخر لنفس المحكمة باستبعاد مسئولية المقاول الذي استعمل مواد وأدوات انعقد الاجتماع على جودتهـا .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن هبوط الأرض المقام عليها البنـاء نتيجـة للنـشع الحادث عن مياه الأمطار ، لا يعتبر قوة قاهـرة ، ولو كانـت هـذه الأمطـار إستثنائية ، طالما كان من الممكن تجنب هذا الهبوط باتخاذ إجراءات فنية معينة لا سيما أن البناء أقـيم علـى مـستوى مـنخفض مـن الطريـق المجـاور (م١٨٣مصري) " استئناف مختلط ١٩٠٣/٦/٢٤ –١٥ص ٣٥٨" . ولا يعتبـر من قبيل القوة القاهرة كذلك هبوط أرصـفة مقامة على جوانب النيل لأن الهبوط

يرجع إلي موقع الأرض من النيل (م١٨٤مصري) "بولتان المحـاكم المختلطـة جدول عشري ٢ رقم ٢٤٢٣"، وهو أمر يمكن توقعه ويدخل في طبيعـة عمـل المقاول ، وهذا الخلل نشأ عن موقع الأرض أو عن حركتهـا الذاتية وليس عن أسباب خارجة لم يكن في الإمكان توقعهـا وقت البناء ، وتطبيقاً لذلك قـضى باستبعاد مسئولية المقاول المكلف بتغطية الطريق بالأسفلت ، إذا كـان العيـب الحادث في غطاء الأسفلت ناجماً عن هبوط الشارع بسبب خلل فـي مجـارى المياه الممتدة في باطن الأرض (م١٨٦مصري) "استئناف مختلط ١٩٠١/٣/٢٨ _ ١٣ ص ٢٢١ "، وهذا السبب يعتبر خارجاً عن طبيعة الأرض وحركتهـا الذاتية أمـا في حـالة تعيب التعليات بسبب عيوب الأبنية القديمة ، فإن القضاء يقيسهـا على حالة تعيب البناء بسبب عيوب الأرض ومن ثـم لا تعتبـر مـن القوة القاهرة ، إذ ينبغي على المهندس أو المقاول القيام باختبار سـلامة المبنى القديم ومتانته قبل تشييد التعليات . وتطبيقاً لذلك قضى بأنه إذا كـان المهنـدس المعماري مسئولاً عن التهدم الناشئ عن عيوب المباني القديمة المتخذة كدعامة لأعمال التعلية ، إذا هو لم يقوي هذه المبـاني ولـم يواجـه فـي مـشروعه الإصلاحات اللازمة لإزالة هذه العيوب (استئناف مختلط ١٩١٤/١/٢٢ م ٢٦ ص ١٦٩ . ص١١٢٩.) ، كذلك لا يمكن للمهندس أو المقاول أن يتمسك بعيب التربة بحسبانه من قبيل القوة القاهرة و لو كان هو الذي أدى بالفعل إلى تهـدم المبنى أو تعيبه حيث يتعين عليهما أن يدرسا طبيعة التربة أو الأرض التي سيقام عليها المبنى قبل البدء في تنفيذ الأعمال و من ثم فإن مثل هذا السبب يفتقر إلى خاصية إمكانية عدم التوقع و خاصية إستحالة الدفع".

خطأ رب العمل يعد بمثابة القوة القاهرة :-

لا شـك في أن خطـأ رب العمل يعتبر بمثابة القوة القاهرة التـي بهـا تنتفي قرينة مسئولية المهندس والمقاول إذا جاء هـذا الخطأ بعـد تشييد البنـاء وتسليمه سليماً ، كأن يقوم رب العمل بسوء استخدام البناء أو إجراء تعـديلات معيبة فيه ، ولكن يجب لتخلص المقاول أو المهندس من المسئولية كلية أن يكون خطـأ رب العمل هـو المتسبب وحـده في إحـداث الضرر .

وقد يحدث خطـأ رب العمل أثناء فترة التشييد كأن يتدخل في عملية التنفيذ بإعطاء تعليمات خاطئة أو بتوريد مواد معيبة أو وضعه تصميماً معيباً ، فهـل يؤثر مثل هـذا الخطأ على مسئولية المهندس أو المقاول الأصلي علي اعتبـار

أن رب العمل ليس خبيراً في فن البناء إم أنه يمكن أن يؤثر كذلك في بعض الحالات ؟

خطأ رب العمل غير الخبير في فن البناء : -

القاعدة إذن أن تدخل رب العمل أو خطأه أثناء التنفيذ لا يصلح وسيلة لدفع مسئولية المهندس أو المقاول ، وإن كان من الممكن أن يخفف من هذه المسئولية في بعض الأحوال ، لأن ، كلا منهما يعتبر مستقلاً في عمله ملما بأصول صنعته على نحو يوجب عليه تبصير رب العمل بوجه الخطأ وتحذيره بل والامتناع عن تنفيذ تعليماته الخاطئة أو استعمال مواد بنائه المعيبة ، وهذا ما أستقر عليه القضاء منذ أمد بعيد فقد قضى بأن تدخل رب العمل ، سواء بتقديم مواد معيبة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفرض مواصفات معيبة لا يعفي المهندس أو المقاول من المسئولية لأنه كان من الواجب أن ينبه رب العمل إلى العيب ، بل كان عليه عند الاقتضاء أن يمتنع عن تنفيذ العمل المعيب ، فيقاسم المقاول أو المهندس رب العمل المسئولية ولا يقلل من مسئوليته أن يكون صاحب الملك نفسه قد آذنه في إقامة المنشآت المعيبة (نقض ١٩٣٥/٦/٩ س٧ ص١٢٣٥). ومن باب أولى ، ألا يكون وجود رب العمل وإشرافه الفعلي على تنفيذ الأعمال المعيبة في موقع العمل سبباً في تخفيف مسئولية المقاول ، لأن المفروض هنا أن رب العمل غير خبير في البناء ، فلا يعتد بوجوده وإشرافه ولا يعتبر ذلك منه تدخلاً خاطئاً "السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ص١١٦ ".

وقضى بأنه إذا اشترط رب العمل ألا يجرى أي تعديل بمعرفة المقاول وبغير موافقة المهندس المقام من قبله ، وأن لهذا المهندس حق رفض المواد المعيبة التي يقدمها المقاول ، فإن هذا كله لا يعتبر تدخلاً من رب العمل يجعل الإدارة في يده ويعفي المقاول من المسئولية ، بل هي إحتياطات إتخذها رب العمل للتثبت من تنفيذ شروط العقد (٢٠٤مصري) "استئناف مختلط ١٩٠٨/٣/٥م ٢٠ ص ١١١".

وإذا كان الأصل أن خطأ رب العمل لا يصلح لدفع مسئولية المهندس أو المقاول إلا أن هذا لا يمنع قضاة الموضوع من الاعتداد في بعض الأحيان بهذا الخطأ كسبب لتحقيق المسئولية . فقد يحدث أحياناً أن تجتمع في خطأ رب العمل شروط القوة القاهرة ،لاسيما شروط عدم إمكان التوقع ، وشروط استحالة الدفع ، فضلاً عن رجوع الحادثة إليه وحده ، فتنتفي به مسئولية المعماري عن

الضمان العشري كلية ، ويتمتع قضاة الموضوع في تقدير ذلك بسلطة تقديرية واسعة ، تسمح لهم بقدر كبير من المرونة في الحكم وفقاً للظروف المحيطة بكل حادثه على حدة . وقد لا تتوفر شروط القوة القاهرة في خطأ رب العمل ويعتد به مع ذلك في تخفيف مسئولية المعماري عن الضمان ، فتنقسم المسئولية بينهما بحسب جسامة خطأ كل منهما (٢٠٥ مدني مصري).

خطأ رب العمل الخبير في البناء :-

واجهت محكمة النقض المصرية هذا الفرض وأرست فيه عدة مبادئ دقيقة بقولها وإن كان غير صحيح على الإطلاق أن المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل الذي وضع التصميم والذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري ، لا يسأل إلا عن العيوب الناشئة عن التنفيذ دون تلك الناشئة عن التصميم ، بل الصحيح أن المقاول في هذا الفرض يشترك في المسئولية مع رب العمل ، إذا كان على علم بالخطأ في التصميم وأقره ، أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب .

إلا أنه مع ذلك إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه من خطأ في التصميم ، فأصر على تنفيذه ، وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول، فإن إذعان المقاول لتعليمات رب العمل في هذه الحالة لا يجعله مسئولاً عما يحدث في البناء من تهدم نتيجة الخطأ في التصميم ، إذ أن الضرر يكون راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسئولية كاملة (م٢٠٩ مصري) "نقض ١٩٦٦/١٢/٨ س ١٧ ص ١٨٣٠" .

و فضلاً عن كل ما تقدم يمكن للمقاول أن يتمسك أيضا بخطأ رب العمل بعد تسلمه للبناء إذا كان هذا الخطأ هو السبب الحقيقي للعيوب التي ظهرت في الأعمال أو أدى إلى تفاقم عيوب ترجع إلى خطأ المشيدين ، و من أمثلة ذلك من التطبيقات القضائية أن يقوم رب العمل و بدون علم المقاول بإجراء تعديلات في الأعمال المنفذة بعد تسلمه للبناء أو بعد حيازته له حيث قضى بأن مثل هذه التعديلات يمكن أن تؤدي إلى إعفاء المقاول من المسئولية ، كذلك قضى بأن الاستعمال غير المعقول للمبنى إذا كان هو السبب الوحيد لكلية الضرر ، يسقط كل حق في التعويض ." مسئولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الأخرى ص ٣٤٥".

إذعان المقاول لتعليمات رب العمل :-

إلا أنـــه بمـــناسبة دور رب العـــــمل ومـــدى تأثيره علــــى مـــسـئولية المهـــندس والمـــقاول ينبغي التنبيه إلى مبدأين هامين أقرتهما المحكمة العليا في هذا الصدد .

الأول :-

إن وضع رب العمل للمواصفات والشروط لا يؤثر على مسئولية المهندس أو المقاول عن العيوب الناجمـــة بعـــد ذلـــك . (م٢١٢مـــصري) "نقــــــض ١٩٤٤/٦/١ س ١٣ ق رقم ١٣٠". (المجموعة الذهبية ٩ ص٦٠) .

الثاني (خطــــأ الغـــير) :-

ومن الممكن أن يكون ذلك بقيام شخص ما بعمليات حفر على أعماق كبيرة بالقرب من أساسات المبنى أو إستخدام آلات ضخمة تسبب إرتجاجات شديدة في الأرض على مقربة من المبنى مما يؤدي إلى حدوث تصدع به ، فإذا لم يكـــن المقاول مقصراً أصلاً لأنه أقامه على أساسات غير كافية مـــثلا فـــذلك يعفـــي المقاول من المسئولية ، أما إذا كان قد ارتكب خطأ فنيا أثناء التشييد بما يعني أن هذه الأعمال قد ساهمت في إحداث الخلل بالمبنى أو في تفاقم ما كان به أصــــلاً من عيوب ، فإن بإمكان قاضي الموضوع أن يخفض مقدار التعويض الواجـــب على المقاول لرب العمل بنسبة مساهمة هذه الأعمال في إحـــداث الـــضرر أو تشديد آثاره ." مسئولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الأخرى ص ٣٥١".

أو كأن يقوم أحد المستأجرين بإجراء تعديلات معيبة بوحدته السكنية على نحو يصيب المبنى بعيوب تهدد متانته وسلامته يعتبر من قبيل خطــــأ الغيـــر الذي يمكن أن يعفى المهندس أو المقاول من المسئولية . تقضى القواعد العامـــة بأن فعل الغير لا يرفع المسئولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منهـــا إلا إذا اعتبر هذا الفعل خطــــأ في ذاتـــه وأحـــدث وحده الـــضرر أو ســـاهم فيـــه (٢١٤ ، نقض ١٩٦٨/٤/٢ س ١٩ ص ٦٨٩).

ودعوى الضمان ضد المهندس الاستشاري تسقط بانقضاء ثـــلاث ســـنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب. حيث تنص المادة ٦٥٢ مـــن القـــانون المدني المصري على أنه (١- إذا اقتصر عمل المهندس على وضع تـــصميم البناء دون أن يكلف الرقابة على تنفيذ الإنشاء أو جانب منه كان مـــسئولاً عـــن

العيوب التي ترجع إلى التصميم الذي وضعه دون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ. ٢- فإذا عهد إليه رب العمل بالإشراف على التنفيذ أو على جانب منه كان مسئولاً أيضاً عن العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ الذي عهد إليه بالإشراف عليه).

كما نصت المادة ٦٥٤ من ذات القانون على أن (دعوى الضمان ضد المهندس أو المقاول تسقط بانقضاء ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب).

وعلى ضوء ما تقدم فإنه إذا عهد للمهندس الاستشاري بالتصميم والإشراف فإن دعوى الرجوع عليه بالضمان تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ إنكشاف العيب. (فتوى رقم ٥٨٠٥ في ١٣/٤/١٩٩٢ مرجع رقم ٥د/٩٠/ق ١٨).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٤٨)

المقاول والمهندس يضمنان ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء.

وجوب إخطار المقاول عما تكشف لرب العمل من عيوب في الأعمال التي أنجزها ولا يكفي دعوته لإيجاد حل لموضوع العيب على ضوء استمرار ضمانه.

ويلزم في الإخطار أن يكون بإنذار رسمي، أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، ويجوز في أحوال الاستعجال أن يكون الإخطار ببرقية .

ويترتب على عدم الإخطار على هذا النحو سقوط حق رب العمل في الرجوع على المقاول بقيمة ما تكبده من نفقات إصلاح العيب ، إذ يعتبر عدم الإخطار قبولاً للعيب ونزولاً عن حقه في الضمان.

لا يجوز لرب العمل الرجوع على مقاول الباطن بالضمان العشري للأعمال المكلف بها من المقاول الأصلي إلا بدعوى غير مباشرة يستعملها باسم مدينه (المقاول الأصلي) باعتباره نائباً عنه ، وإن رفعها رب العمل باسمه شخصياً وجب إدخال المقاول الأصلي فيها وإلا كانت الدعوى غير مقبولة باستثناء إذا تضمن عقد المقاولة من الباطن ما يفيد التزام المقاول من الباطن بالضمان طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير. (حكم التمييز -الطعن رقم ٩٦/٥١٢ تجاري جلسة ٢٢/٣/١٩٩٨).

ضمان المقاول لما شيده من مبان أو منشآت لمدة عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء ، هذا الضمان يشمل ما يظهر في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها سواء كان العيب في المواد المستخدمة أو في أصول الصنعة أو في الأرض التي أقيم الإنشاء عليها أو تحتها.

لا وجه للحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان من المقاول للمطالبة بباقي قيمة المقاولة قبل حسم مسألة التزام المقاول بالضمان قبل رب العمل ، ما دامت مسألة الضمان كانت عنصراً من عناصر الدعوى تحت نظر المحكمة مطروحة عليها تناضل فيها الخصوم. ص ٥٩٣ ". (حكم التمييز – الطعن رقم ٢٥٢ تجاري جلسة ١٩٩٨/٥/١١)" ص ٥٩٤"). " دائرة المعارف القانونية ".

بتاريخ ١٨-١١-١٩٩٣

الموضوع : عقد المقاولة

الموضوع الفرعي : ضمان المهندس المعماري

فقرة رقم : ٣

النص في المادتين ٦٥٢،٦٥١من القانون المدني المصري – يدل على أن نطاق الضمان المقرر بنص المادة (٦٥١ مدني مصري) ليس قاصراً على ما يصيب البناء من تهدم كلي أو جزئي بل إنه يشمل أيضا ما يلحق هذا البناء من عيوب أخرى تهدد متانته أو سلامته ولو لم تكن مؤدية في الحال إلى تهدمه، والأصل في المسئولية عن هذا الضمان أن يكون المهندس المعماري والمقاول مسئولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء ، وهى مسئولية تقوم على خطأ مفترض في جانبهما، وترتفع هذه المسئولية عنهما بإثبات قيامهما بالبناء وفق التصميم المعد لذلك والأصول الفنية المرعية وأن العيب الذي أصاب البناء ناشئ عن خطأ غيرهما ، وبالتالي إذا كانت هذه العيوب ناشئة عن تصميم البناء دون أن تمتد إلى تنفيذه ، فإن الضمان يكون على المهندس واضع التصميم وحده باعتبار أنه وحده الذي وقع منه الخطأ. (الطعن رقم ١٨٤٧ لسنة ٥٩ مكتب فني ٤٤ صفحة رقم ٢٢٤).

٨-٤-١ نظرية الظروف الطارئة و الصعوبات المادية:-

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٧١) القاعدة رقم (٣٠٦)

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد الإداري ذات طبيعة مادية ولا ترجع إلى فعل المتعاقدين، وأن تكون ذات طابع استثنائي بحت، فهي ليست مطلق عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ ولكنها عقبات من نوع غير مألوف لا تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ عادة.

وارتفاع أسعار المحروقات لا يعتبر من الصعوبات ذات الطابع المادي أو الطابع الاستثنائي لأنها من الظواهر الاقتصادية والمألوفة التي بالوسع توقعها عند التعاقد مما لا يجوز معه إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٠٧)

التزام المقاول بإخطار رب العمل فوراً إذا ظهرت عوامل من شأنها أن تعوق تنفيذ العمل (وجود تربة صخرية في جزء من الأرض).

مفاد نص المادة (٦٧٩) من القانون المدني الكويتي أنه (لا يكون لارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها أثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد،.....) فلا يجوز للمقاول عند ارتفاع هذه التكاليف أن يطالب بزيادة في المقابل.

كما لا يجوز لصاحب العمل عند انخفاض هذه التكاليف أن يطالب بإنقاص المقابل وكل ذلك دون إخلال بأحكام نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها بالمادة (١٩٨) من ذات القانون . وطبقاً لنص المادة (٦٦٥) من القانون المدني في حالة قيام عوامل أثناء تنفيذ العمل من شأنها أن تعوق تنفيذه في أحوال ملائمة وجب على المقاول أن يخطر فوراً رب العمل بذلك وإلا كان مسئولاً عن كل ما يترتب على ذلك، ومن ثم فإنه لا يجوز للمقاول المطالبة بأي زيادة في السعر المتفق عليه بالعقد إذا لم يخطر رب العمل فور اكتشافه وجود تربة صخرية في جزء من الأرض التي باشر العمل فيها. (حكم التمييز في الطعن رقم ٩٠/٢٢٥ تجارى جلسة ١٩٩٢/٣/١٥).

حالة عملية:

تنص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي أنه (إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن

تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). ويدل ذلك علي أنه يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة حدوث خسارة فادحة للمتعاقد تخرج عن الحد المألوف في التعامل ويكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً ومعيار حساب الخسارة في هذه الحالة معيار موضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد وليس ذاتياً بالنسبة إلي شخص المدين وظروفه ، ولما كان ذلك وكان تقدير مدي الخسارة وما إذا كانت جسيمة من عدمه من قبيل الواقع الذي تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضائها علي أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق تكفي لحمله . (الطعن ٦٨ / ٩٠ تجاري جلسة ٤ – ١١ – ١٩٩١) .

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

تنص المادة ٤/٦٥٨ من القانون المدني المصري على أنه (على أنه إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل و المقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وتراعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد).

الأمر الذي يتضح معه أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد المقاولة وجوب توافر أربعة شروط هي:-

الأول: أن يكون العقد متراخياً وهو شرط غالب وليس شرطاً ضرورياً بمعنى أن تكون هناك فترة من الزمن بين التعاقد والتنفيذ .

الثاني: أن يحدث بعد إبرام التعاقد حادث إستثنائي عام مثل زلزال أو حرب .

الثالث: أن يكون هذا الحادث الاستثنائي ليس في الوسع أو الإمكان توقعه .

الرابع: أن يجعل هذا الحادث الاستثنائي تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً فإذا توافرت تلك الشروط جاز للقاضي أن يحكم إما بزيادة الأجر أو فسخ العقد إذا رأى مبرراً لذلك (السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ص ٢٢٨ وما بعدها) .

عدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا كانت الخسارة التي لحقت المتعاقد مع الجهة الإدارية (الوزارة) ليست بالخسارة الفادحة التي تختل معها اقتصاديات العقد وذلك لتخلف أحد شروط تطبيقها.

يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة حدوث خسارة فادحة للمتعاقد تخرج عن الحد المألوف في التعامل ويكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً ومعيار حساب الخسارة في هذه الحالة معيار موضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد وليس ذاتياً بالنسبة إلى شخص المدين وظروفه. ولما كان ذلك وكان تقدير مدى الخسارة وما إذا كانت جسيمة من عدمه من قبيل الواقع الذي تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق تكفى لحمله، وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنة بعد بيانه لنظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها على ما ورد بتقريري الخبيرين المنتدبين محمولاً على أسباب سائغة أخذت بها المحكمة من أن خسارة الطاعنة نتيجة إرتفاع أسعار الوقود في العقد المؤرخ ٨١/٩/٢١ موضوع المناقصة رقم م ع م /٨٢/٥ مبلغ ١٣٧٧٩/٥٠٠ ديناراً وفى العقد المؤرخ ٨٢/٤/٥ موضوع المناقصة رقم م ع م /٧٢-٨٢ مبلغ ٢٥٦٥١/٦٤٠ ديناراً وتبلغ نسبتها إلى قيمة كل منهما على الترتيب السابق ٢,٦٣٩%، ٦% تقريباً وكلتا النسبتين لا تعد خسارة فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً فلا تستحق الطاعنة تعويضاً عنهما إستناداً إلى نظرية الظروف الطارئة لتخلف أحد شرائطها وقد اعتنق الحكم المطعون فيه هذه الأسباب وزاد عليها أنه لا يجدي الطاعنة نفعاً قولها بوجوب إحتساب الخسارة على أساس القيمة الإجمالية للعقدين لأنه حتى مع مسايرتها في هذا النظر تبلغ نسبة الخسارة في مجموعها ٤,٢٨% فلا تعد من قبيل الخسارة الفادحة ليكون لها حق في أن تعوض نتيجة رفع أسعار المحروقات ولا يغير من ذلك أن الخبير الحسابي أورد في تقديره أنها عوضت عن خسارتها الناتجة عن رفع أسعار المحروقات والتي تبلغ ٣٩٤٣١,٢٣٠ ديناراً فإنها مع ذلك تبقى لديها خسارة نتيجة تنفيذ الأعمال موضوع العقدين مبلغ ٤٩٠٦٥٩,٧٧٠ ديناراً لأن المناط في استحقاق التعويض فيما سببه لها الظرف الطارئ المتمثل في ارتفاع الأسعار بغض النظر عن أي خسارة أخرى تحققت لأسباب غير ذلك الظرف.

ولما كانت هذه الأسباب التي قام عليها الحكم المطعون فيه سائغة ولها أصلها الثابت في الأوراق وتؤدى إلى النتيجة التي خلص إليها في نطاق السلطة التقديرية للمحكمة فإن أسباب الطعن لا تعدو جدلاً موضوعياً فيما تستقل محكمة الموضوع بسلطة التقدير فيه ولا يجوز التحدي به أمام محكمة التمييز. (حكم التمييز في الطعن رقم ٩٠/٦٨ تجارى جلسة ١٩٩١/١١/٤). (حكم التمييز في الطعن رقم ٩٠/٢٠٤ تجارى جلسة ١٩٩٢/٢/١٧).

ولقد قضي بأنه ، بحساب التكاليف الفعلية للعقد تبين أنها تبلغ ... وبالمقارنة برقم العطاء المقدم من الشركة في المناقصة وهو ... فإن الفرق وهو .. أي نحو ١٠% من قيمة العطاء يمثل خسارة عادية لاتصل إلى الخسارة الفادحة بالقدر الذي تتطلبه نظرية الظروف الطارئة. (فتوى رقم ٢٣٩٠/٢ في ١٩٧٦/٤/٧).

كما قضي أيضاً بأنه ، من المقرر أنه وإن كان يشترط في الظرف الطارئ الذي من شأنه الإخلال باقتصاديات العقد ، أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه ، إلا أنه يكتفى بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي لم يكن في الإمكان توقعها ولو كان الظرف ذاته حالاً وقت إبرام العقد وأدركته آثاره عند تنفيذه . (الطعن ١٨٩ / ٨٨ تجاري جلسة ٢٥ – ١٢ – ١٩٨٨).

بهذا نكون قد تناولنا الآثار القانونية المترتبة على عقد المقاولة الذي يشمل طرفي العقد، وهما صاحب العمل والمقاول الرئيسي. وهذه الآثار تتمثل في التزامات كل منهما، وتحديد العلاقة بينهما. كما تناولنا موضوع المقاول من الباطن و كيفية صلته بكل من رب العمل و المقاول الرئيسي وحقوقه والتزاماته.

وحرصاً على توضيح الالتزامات بالشكل المطلوب فقد تم سرد بعض الحالات العملية على سبيل المثال لا الحصر، وذكر القوانين التابعة لكل منها ليتسنى لأي من أطراف العقد الاستفادة من هذا البحث. و نتمنى أن نكون قد وفقنا في طرحنا للموضوع وتحقيق الشمولية بالعرض والتفصيل و تحقيق الفائدة المرجوة منها.

الفصل التاسع

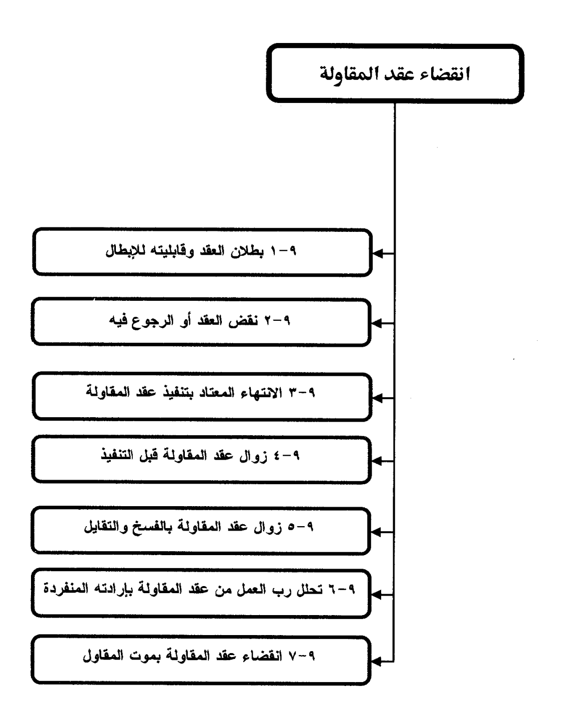
إنقضاء عقد المقاولة أو انتهائه

محتويات الفصل :

٩- انقضاء عقد المقاولة أو انتهاؤه:-

المصير الطبيعي للعقد هو تنفيذه، ومن ثم انقضاؤه وزواله بتحقيق الغرض المبتغى منه، والمقصود بذلك انقضاء الالتزامات التي رتبها العقد، أمـــا العقــد ذاته، وباعتباره واقعة قانونية، فيظل سنداً لهذه الالتزامات وما ترتب عليها مـــن مراكز قانونية جديدة، غير أن العقد يمكن أن يزول قبل تنفيذه، أي قبل تحقيـــق الغرض المقصود منه، عندئذ نواجه انحلالاً للعقد، فانحلال العقد نعني به زواله قبل تحقيق الغرض منه، لذلك يمثل انحلال العقد طريقاً إستثنائياً لزواله.

والأسباب التي تؤدي إلى انحلال العقد متعددة ومتنوعة، بعض منها يرجـــع إلى عيب يشوب أحد أركان العقد أو شروطه الجوهرية، فيهدمه ، الأمر الـــذي يؤدي إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً، والبعض الآخر يرجع إلى عيب يلحـــق بـــركن الرضا فيعيبه دون أن يهدمه ، فيجعل العقد قابلا للإبطـــال، أو بـــاطلاً بطلانـــاً نسبياً، وقد يرجع انحلال العقد إلى عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامـــه ، الأمـــر الذي يؤدي إلى فسخ العقد أو انفساخه، وفقاً لما إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلـــى خطأ المتعاقد أو إلى سبب أجنبي عنه ، ويوضح الشكل التخطيطي(٩-١) التالي محتويات هذا الفصل.


انقضاء عقد المقاولة
٩-١ بطلان العقد وقابليته للإبطال
٩-٢ نقض العقد أو الرجوع فيه
٩-٣ الانتهاء المعتاد بتنفيذ عقد المقاولة
٩-٤ زوال عقد المقاولة قبل التنفيذ
٩-٥ زوال عقد المقاولة بالفسخ والتقايل
٩-٦ تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة
٩-٧ انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول

شكل (٩-١)

بناء على ما سبق نقوم فيما يأتي بدراسة الأسباب المختلفة لانحلال العقد، مخصصين لكل منها بنداً خاصاً، كالآتي :

٩-١ بطلان العقد و قابليته للإبطال:-

العيب الذي يلحق العقد إما أن يصيب أحد أركانه أو شروطه الجوهرية فيهدمه كلية، الأمر الذي يترتب عليه انعدام العقد أو بطلانه، وعندئذ يكون بطلان العقد بطلاناً مطلقاً لا وجود معه للعقد، وإما أن يلحق العيب ركن الرضا فيعيبه فقط دون أن يهدمه ، عندئذ يوجد العقد ولا ينعدم ويقتصر أثر العيب الذي شابه على قابلية هذا العقد للإبطال بناء على طلب من تقرر الإبطال لمصلحته، وهو من عيب رضاه، فبطلان العقد عندئذ يكون نسبياً وليس مطلقاً.

وسواء أكان البطلان مطلقاً، أم نسبياً وتم التمسك به، فإن الأثر الذي يترتب على بطلان العقد أو إبطاله يخضع لنفس الأحكام كأصل عام ، نتعرض إذن لبطلان العقد، أو البطلان المطلق، ثم لقابليته للإبطال، أو البطلان النسبي. وسنجعل لكل من هذين الموضوعين مبحثاً خاصاً على الوجه الآتي :-

أ- البطلان المطلق :-

إذا لم تتوافر في العقد أركانه القانونية، من رضا ومحل وسبب، وشكل بالنسبة للعقود الشكلية، لا يقوم العقد، بل يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً. فالبطلان المطلق هو جزاء عدم استكمال العقد لأركانه وشروطه الجوهرية، التي تعد من مقومات انعقاده.

والمقصود بتوافر أركان العقد توافر أركانه الأساسية مستوفية لشروطها، فإذا تخلف الرضا أو التمييز، أو تخلف شرط من شروط المحل، وهي الإمكان والوجود والتعيين والمشروعية، أو إمكان التعامل فيه، أو تخلف السبب، أو كان الباعث غير مشروع ، كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً عقد منعدم، لا وجود له من الوجهة القانونية، لذلك يتقرر البطلان تلقائياً بقوة القانون بمجرد تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروطه الجوهرية، ومن ثم فلا يحتاج تقريره لأي إجراء قضائي، فإذا كان العقد الباطل بيعاً كان للبائع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع ونقل الملكية، وكان للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن، وهكذا بالنسبة لسائر الالتزامات الأخرى.

وإذا كان تقرير البطلان يتقرر تلقائياً ولا يحتاج إلى أي إجراء قضائي فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يلجأ أي من طرفي العقد الباطل إلى القضاء سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع لتقرير البطلان إذا ما نازع الطرف الآخر فيه، فإذا كان أحد طرفي العقد الباطل قد نفذ التزامه فله عندئذ أن يقيم دعوى أمام القضاء لتقرير البطلان، ومن ثم استرداد ما وفاه، والحكم الصادر ببطلان العقد، يكون عندئذ كاشفاً، أي مقرراً وليس منشئاً.

أما إذا لم يكن العقد الباطل قد نفذ وأقام أحد طرفيه دعوى قضائية مطالباً تنفيذه، فيكون للطرف الآخر طلب تقرير بطلان العقد عن طريق الدفع به، أي التمسك ببطلان العقد.

ب- البطلان النسبي :-

سبق أن تعرضنا لشروط إبرام العقد حيث وضحنا أنه يلزم لانعقاده توافر أركانه وهي الرضا والمحل والسبب، إضافة إلى الشكل بالنسبة للعقود الشكلية، فإذا توافرت هذه الأركان إنعقد العقد ورتب آثاره.

غير أن الرضا، على الرغم من تحققه وصدوره من طرفي العقد، فإنه قد يكون معيباً، إما لصدوره من شخص ناقص الأهلية، وإما لتعيبه بعيب من عيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، عندئذ ينعقد العقد، على الرغم مما شاب ركن الرضا من عيب، ويرتب آثاره، إلا أنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد ناقص الأهلية أو من تعيب رضاءه.

فالعقد القابل للإبطال – إذن – هو العقد الذي اكتملت فيه أركان انعقاده، ولكن عاب ركن الرضا فيه صدوره من شخص غير كامل الأهلية، أو اقترن به عيب من عيوب الإرادة.

٩-٢ نقض العقد أو الرجوع فيه:-

نقصد بالرجوع في التعاقد سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد، والتحلل منه دون توقف على إرادة المتعاقد الآخر، ونظراً لما يتضمنه الرجوع في التعاقد من اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فهو يتقرر استثناءً في حالات محددة.

ومن المقرر بنص المادة ١٦٩ من القانون المدني المصري أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في

حدود ما يسمح به الإتفاق أو يقضي به القانون . (الطعن بالتمييز ٩٨ / ٩٤ تجاري جلسة ١ - ١١ - ١٩٩٤)

مصدر خيار الرجوع في التعاقد : -

الرجوع في التعاقد يتقرر إما بطبيعة العقد ومقتضاه ، وإما باتفاق المتعاقدين ، وإما بنص تشريعي وذلك على الوجه الآتي :

الطائفة الأولى: الرجوع لطبيعة العقد ومقتضاه:-

يميز الفقه الإسلامي بالنسبة للعقود التي تجيز بطبيعتها الرجوع فيها بين طائفتين : الطائفة الأولى منها تجيز لكل من العاقدين الرجوع فيها بالإرادة المنفردة دون حاجة لرضاء المتعاقد الآخر، من هذه العقود الوكالة.

والوكالة طبقاً لنص المادة ٦٩٩ من التقنين المدني المصري "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل ".ويستفاد من هذا التعريف أن عقد الوكالة يتميز بخصائص أربعة هي على التوالي:-

١- أن عقد الوكالة هو في الأصل من عقود التراضي وهو في الأصل من عقود التبرع إلا أنه يصبح عقداً من عقود المعاوضة إذا اشترط الأجر صراحة أو ضمناً.

٢- أن محل الوكالة دائما يكون تصرفاً قانونياً.

٣- أن الوكالة تتميز بتغليب الاعتبار الشخصي فالموكل ادخل في اعتباره شخصية الوكيل والوكيل ادخل في اعتباره شخصية الموكل.

٤- أن عقد الوكالة عقد غير لازم حيث يجوز كقاعدة عامة للموكل أن يعزل الوكيل وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة.(السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ص ٤٦٣ وما بعدها).

الطائفة الثانية: الرجوع الاتفاقي : -

يتحقق خيار الرجوع الاتفاقي في التعاقد باتفاق وتراضي المتعاقدين عليه، صراحة بالنص على ذلك في العقد أو ضمنا حيث يستفاد من نصوص العقد، وقد يتقرر لأحد المتعاقدين أو لكليهما، إذا انعقد العقد وكان نافذا وجب تنفيذه من طرفيه لما تضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما تقتضيه حسن النية وشرف التعامل.

٩-٣ الانتهاء المعتاد بتنفيذ عقد المقاولة:-

ماهية الانتهاء المألوف أو المعتاد لعقد المقاولة وأثره :

" إن تنفيذ عقد المقاولة يعنى الانتهاء المعتاد منه - حيث ينفذ رب العمل التزاماته من حيث تمكين المقاول من إنجاز العمل وتسلمه منه وسداد الأجر له من جهة ، ومن جهة أخرى ينفذ المقاول التزاماته من حيث إنجاز العمل وتسليمه لرب العمل ، وبالطبع إذا تحقق ذلك فلا يبقى إلا التزام المقاول بضمان عيوب الصنعة والعيوب الخفية في المادة التي قدمها مدة قصيرة أو مدة عام من تاريخ تسلم العمل ، بينما يبقى ضمان ذات المقاول لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدة عشر سنوات من وقت تسلم العمل (م٦٥١/١ و٢و٣ من التقنين المدني المصري) والمادة ١/٦٩٢ من القانون المدني الكويتي(الشهاوى - عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن - ص٢٥٧).

كما قضى بأن " الأصل في عقد استئجار الصانع لعمل معين ، بالمقاولة على العمل كله أو بأجرة معينة على حسب الزمن الذي يعمل فيه أو على حسب العمل الذي يعمله ، أنه يعتبر منتهياً بانقضاء الالتزامات المتولدة عنه على الصانع ورب العمل ، بتسلم الشيء المصنوع مقبولاً وقيام رب العمل بدفع ثمنه". (نقض مدني ١٩٣٩/١/٥ المحاماة ع١٩ قاعدة رقم ٤٤٠ ص ١١٠٧).

ونصت المادة ٦٨٤ من التقنين المدني الكويتي على أنه: (إذا كان من مقتضى المقاولة أن يقوم المقاول بصيانة شيء معين أو أن يؤدي غير ذلك من الأعمال المتجددة خلال مدة محددة ، انتهت المقاولة بانقضاء هذه المدة).

بينما نصت المادة ٨٠٠ من التقنين الأردني على أنه: (ينتهي عقد المقاولة بإنجاز العمل المتفق عليه أو بفسخه رضاء أو قضاء)" الشهاوى - عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن - ص٢٥٨"

ونصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني بأن (تنتهي إجارة الخدمة أو الصناعة : أولا - بانقضاء المدة المتفق عليها أو بإتمام العمل . ثانيا - ...). "الشهاوى - عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن - ص٢٥٩".

٩-٤ زوال عقد المقاولة قبل التنفيذ:-

أهم أسباب انتهاء عقد المقاولة قبل تنفيذها :

" قد ينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه إنتهاءً غير مألوف ولكنه انتهاء يتفق مع القواعد العامة ولعل أهم أساب إنتهاء عقد المقاولة قبل تنفيذها إعمالاً للقواعد العامة هي :

إستحالة التنفيذ ، والفسخ ، و التقايل. أورد المشرع بشأن السبب الأول منها وهو إستحالة التنفيذ نصاً صريحاً حيث قضت المادة ٦٦٤ من التقنين المدني المصري بأنه (ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه).

وقد تناول القانون المقارن ثمة نصوص تطابق نص التقنين المدني المصري ، فقد نصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه: (تنتهي إجارة الخدمة أو الصناعة : أولاً - ... ثانياً - ... ثالثاً - باستحالة إجراء العمل لسبب قوة قاهرة).

بينما نصت المادة ٦٨٥ من التقنين المدني الكويتي على أنه: (تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه لسبب لا يد لأحد الطرفين فيه ، وعندئذ يكون للمقاول الحق في مطالبة رب العمل بما أنفقه وبما يستحقه من أجر وذلك في حدود ما عاد من منفعة على رب العمل).

كما نصت المادة ٨٨٦ من التقنين المدني العراقي على أنه (١- تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه. ٢-وإذا كان التنفيذ قد استحال لسبب قهري ، فلا يعوض المقاول إلا بقدر ما انتفع به رب العمل على النحو المبين في المادة ٨٨٩. أما إذا استحال بخطأ المقاول، فإنه يرجع بالتعويض المتقدم ولكن يكون المقاول مسئولا عن خطئه. وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ رب العمل ، فإن أحكام المادة السابقة هي التي تسري) "الشهاوى - عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن - ص٢٦٠"..

" ونصت المادة ٨٠٢ من التقنين المدني الأردني على أنه: (إذا بدأ المقاول في التنفيذ ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه فإنه يستحق قيمة ما تم من الأعمال ، وما أنفق في سبيل التنفيذ بقدر ما يعود على صاحب العمل من نفع) وهذا النص يتفق مع أحكام التقنين المدني المصري بينما يطابق نص المادة ٦٦٤ من التقنين المدني المصري كلا من المادة ٦٦٣ من التقنين المدني الليبي ، ونص المادة ٦٣٠ من التقنين المدني السوري.

وليس نص المادة ٦٦٤ من التقنين المدني المصري إلا إعمالاً للمبدأ العام بشأن انقضاء الالتزام الوارد في نص المادة ٣٧٣ مدني مصري، والتي نصت

على أن: (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لـسبب أجنبي لا يد له فيه).

ومن ثم إذا أثبت المقاول أن العمل الذي عهد به إليه رب العمل قد أصـبح مستحيلاً لسبب أجنبي إنقضى الالتزام ، ومثال ذلك أن تكون الأرض التي يراد إقامة البناء عليها تدخل في ردود العقار ، أو أن هذا العقار قد نزعـت ملكيتـه للمنفعة العامة.

ففي مثل هذه الأحوال ينقضي الالتزام بالنسبة للمقاول إزاء استحالة التنفيـذ لسبب أجنبي، وينقضي التزام رب العمل المقابل له – ومن ثـم ينفـسخ عقـد المقاولة من تلقاء نفسه إعمالاً لنص المادة ١٥٩ من التقنين المدني المـصري ، والتي نصت على أنه: (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التـزام بـسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه) " الشهاوى – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ص٢٦١ ".

وهكذا إذا انتهى عقد المقاولة للانفساخ – على الوجه المتقـدم – اسـتحق المقاول تعويضا بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب لا بموجب عقد المقاولة . وقـد أوضح نص المادة ٦٦٧ من التقنين المدني المصري ذلك إزاء مـوت المقـاول وألحقت بالنص حالة صيرورة المقاول عاجزاً عن إتمام العمل لسبب لا يد له فيه حيث نصت على أنه:

(١– إذا انقضى العقد بموت المقاول وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الـذي يعـود عليه من هذه الأعمال والنفقات.

٢– ويجوز لرب العمل في نظير ذلك أن يطالب بتسليم المواد التـي تـم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها ، على أن يدفع عنها تعويضاً عادلاً.

٣– وتسري هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثـم أصـبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه".

والمقاول في الأمثلة المشار إليها سابقاً – يستحق تعويضاً من رب العمـل عن أقل القيمتين : قيمة ما أنفقه من ماله ووقته ، أو قيمة ما اسـتفاد بـه رب العمل. (الشهاوى – عقدالمقاولة في التشريع المصري المقارن).

حالات عملية :

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١١٦)

إذا أصبح التزام أحد طرفي العقد مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه.

والمقصود باستحالة التنفيذ الذي ينقضي بها الالتزام هي الاستحالة المطلقة بطروء (حدوث) حالة قاهرة أو حدث جبري لا قبل للملتزم بدفعه أو التخلص منه.

حيث ينص المشرع فى الفقرة الأولى من المادة (٢١٥) من القانون المدني الكويتي على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى هذا الالتزام). (حكم التمييز في الطعن رقم ٨٨/٢٨١ تجارى جلسة ٨٩/٤/٩). و (حكم التمييز في الطعنين ٣٧، ٨٩/٣٩ تجارى جلسة ٨٩/٦/٢٥).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١١٧)

ينقضي الالتزام إذا أصبح الوفاء به مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه. السبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير. ويشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة أن يكون من غير الممكن توقعه ومن المستحيل دفعه. (حكم التمييز فى الطعن رقم ٨٨/٣٢٤ تجارى جلسة ١٩٨٩/٥/١٥).

وفي حالة الاستحالة بخطأ رب العمل ، يجوز القول بأن رب العمل يكون في حكم من تحلل من العقد بإرادته المنفردة ، ومن ثم تسري في شأنه أحكام المادة ٦٦٣ مدني مصري.

ولا يعتبر إفلاس أحد الطرفين قوة قاهرة تمنع من التنفيذ (استئناف مختلط ١٩٣٠/٣/٢٠ م٤٢ ص٣٧٣) بل يستمر تنفيذ العقد بواسطة أمين التفليسة (قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بشأن القانون التجاري المصري)، وإذا امتنع أمين التفليسة عن التنفيذ جاز للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض (راجع القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة – الجريدة الرسمية العدد رقم ١٩ مكرراً الصادر في ١٩٩٩/٥/١٧). وإذا أفلس المقاول وكان هو الذي

قدم المادة التي استخدمها في العمل ولم يتم العمل قبل الإفلاس ، فإنها تبقى ملك المقاول" الشهاوى – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ص٢٦٢".

ولا يجوز لرب العمل أن يستردها من التفليسة حتى لو كان قد دفع الأجـــر كله مقدماً ، ويذهب الرأي الراجح إلى أن العبرة بتسلم رب العمـــل للعمـــل لا بإنجاز العمل ، فقبل التسلم يبقى ملكاً للمقاول. وقد نصت المادة ٨٩٠ من التقنين المدني العراقي ، في خصوص إفلاس رب العمل على أنه :"إذا أشـــهر إفـــلاس رب العمل ، جاز للمقاول أو لوكيل التفليسة أن يفسخ العقد دون أن يكـــون لأي منهما حق المطالبة بتعويض عن هذا الفسخ" الشهاوى – عقـــد المقاولـــة فـــي التشريع المصري المقارن – ص ٢٦٢ ".

٩-٥ زوال عقد المقاولة بالفسخ والتقايل:-

" هو إنهاء وزوال عقد المقاولة قبل التنفيذ. ويجوز طلب فسخ عقد المقاولة إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وفقا للقواعد المقررة في فسخ العقـــود الملزمة للجانبين ، فإذا أخل المقاول بإحدى التزاماته ، كأن لـــم ينجـــز العمـــل بالطريقة المتفق عليها والواردة في عقد المقاولة ، أو التي تقضي بهـــا أصـــول الفن والصناعة ، أو تأخر في تسليم العمل ، أو ظهر في العمـــل عيـــب خفـــي واجب الضمان جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد ، والمرجع في ذلـــك هـــو المحكمة المختصة ، فإن أجابته وقضت بفسخ عقد المقاولة اعتبر كأن لم يكـــن كذلك إذا أخل رب العمل بأحد التزاماته ، كأن امتنع عن تمكين المقـــاول مـــن إنجاز العمل أو دفع الأجر له ، جاز للمقاول أيضاً طلب فسخ العقد " الشهاوى – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ص٢٦٣".

ونصت المادة ٦٤٣ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه: (تنتهي إجارة الخدمة أو الصناعة: أولاً – ... ثانياً– بصدور حكم من القاضي بفـــسخ العقد في أحوال معينة في القانون. ثالثاً– ... وللمحكمة ، عند فسخ العقـــد ، أن تعطي تعويضاً للطرف الذي طلب الفسخ عما أصابه من ضرر بسبب الفـــسخ ، مع مراعاة ما أنجزه المقاول من الأعمال قبل الفسخ وتعويضه عنهـــا تعويـــضا عادلاً).

والحكم بفسخ عقد المقاولة ينبني عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكـــن ، ولا يكون رجوع المقاول – الذي أخل بالتزامه – بقيمة ما استحدثه من أعمـــال إلا استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذي فسخ وأصـــبح لا يـــصلح

أساساً لتقدير هذه القيمة ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقاً للمـــادة ١٧٩ مـــن القانون المدني المصري ، أن يلتزم المثري بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى ، أي أنه يلتزم برد أقل قيمتي الإثراء والافتقار ، وتقـــدير قيمـــة الزيادة في مال المثري بسبب ما استحدث من بناء يكون وقت تحققه أي وقـــت استحداث البناء ، بينما الوقت الذي يقدر فيه قيمة الافتقار هو وقت الحكم .

وينتهي عقد المقاولة قبل تنفيذه بالتقايل ، حيث يتفق المقاول ورب العمـــل على أن يتحلل كل منهما من العقد بإرادتهما المشتركة ، فكما انعقدت المقاولـــة بتراضي الطرفين فإنها تنتهي كذلك بتراضيهما ، ويغلب أن يسوى المتعاقـــدان الحساب فيما بينهما باتفاق يضمنانه التقايل ، فإن لم يتم التراضي سرت المبادئ العامة . " الشهاوى – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ص٢٦٤" .

٩-٦ تحلل رب العمل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة:-

نصت المادة ٦٦٣ من التقنين المدني المصري على أنه (١- لرب العمـــل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامـــه، علـــى أن يعـــوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات ، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. ٢- على أنـــه يجـــوز للمحكمـــة أن تخفـــض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعـــل هـــذا التخفيض عادلاً ، ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقتـــه في أمر آخر).

و يقابل نص المادة ٦٦٣ من التقنين المدني المصري نص المادة ٦٨٨ من التقنين المدني الكويتي والتي نصت على أنه: (١- لرب العمل أن ينهي المقاولة ويوقف تنفيذ العمل في أي وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من مصروفات وما أنجزه من أعمال ، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. ٢- على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فـــات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً).

بينما نصت المادة ٨٠١ من التقنين المدني الأردني على أنه: (إذا حـــدث عذر يحول دون تنفيذ العقد أو إتمام تنفيذه ، جاز لأحد عاقديه أن يطلب فسخه). وتنص المادة ٨٠٣ من ذات التقنين بأن (للمتضرر مـــن الفـــسخ أن يطالـــب الطرف الآخر بتعويضه في الحدود التي يقرها العرف) وهذين النصين يقتربان

من نص التقنين المدني المصري – كما نرى . بينما يطابق نص المادة ٦٦٣ من التقنين المدني المصري نص المادة ٦٦٢ من التقنين المدني الليبي ، ونص المادة ٦٢٩ من التقنين المدني السوري أما نص المادة ٨٨٥ من التقنين المدني العراقي فهو يوافق المادة ٦٦٣ مدني مصري.

والواضح من نص المادة ٦٦٣ من التقنين المدني المصري أن المشرع أجاز لرب العمل أن يرجع عن عقد المقاولة ويتحلل من المقاولة شريطة تعويض المقاول عما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب. ولا مراء أن ذلك خير بالطبع لرب العمل بدلاً من المضي في العمل حتى نهايته والإنفاق في غير فائدة. " الشهاوى – عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن – ص٢٦٥-٢٦٦".

حالات عملية:

المرجع التشريعي القاعدة (١٠٣)

للإدارة الحق في إنهاء العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ ودون حاجة للنص على ذلك في العقد. (فتوى رقم ٣٢٨٠/٢ في ١٩٧٩/٤/٢٤).

المرجع التشريعي القاعدة رقم (١٠٤)

يجوز تعويض الطرف المضرور بسب إنهاء جهة حكومية لعقد إداري للصالح العام.

يتم التعويض في حدود الخسائر الفعلية دون احتساب ما فات من ربح.

المرجع التشريعي القاعدة رقم (٣٠٥)

التعويض عن إلغاء العقد من جانب واحد .

سحب مناقصة من إحدى الشركات بعد إخطارها برسو المناقصة من قبل لجنة المناقصات.

تقدمت الشركة – بناء على دعوة من الدائرة المختصة – بإيجاب للقيام بمشروع على أساس المبلغ الوارد في عطائها – وقد قبلت لجنة المناقصات العامة هذا العطاء – وأبلغت الدائرة قبولها للإيجاب إلى الشركة وبذلك أبرم عقد بين الدائرة والشركة بالشروط المدونة في العطاء المقدم من الشركة، وهو عقد ملزم لا يفسخ إلا للأسباب المبينة فيه أو الأسباب التي يقررها القانون – وقد

قامت الدائرة بإلغاء العقد للسبب الذي أفصحت عنه وهو شكها في قدرة الشركة على إنجاز العمل في الوقت المعين وهو سبب غير كاف لاتخاذ هذا الإجراء إذ أن مجرد الشك لا يكفي للإلغاء خصوصاً وأنه كان أمام الدائرة فسحة من الوقت لتحقيق قدرة الشركة على إنجاز العمل أولاً قبل دعوتها إلى الاشتراك وثانياً قبل قبول عرضها ولذلك تستحق الشركة تعويضاً عن إلغاء هذا العقد. (فتوى رقم ٢٢/٢ بتاريخ ١٩٦١/٤/٢٤). (الطعن رقم ٠٥٨٣ لسنة ٣٥ مكتب فني ٢١ صفحة رقم ٤٥٠).

٩-٧ انقضاء عقد المقاولة بموت المقاول:-

حيث تنص المادة ٦٨٦ من التقنين المدني الكويتي على أنه (١- تنتهي المقاولة بموت المقاول، إذا كانت مؤهلاته الشخصية أو إمكاناته محل اعتبار في التعاقد. ٢- فإن لم تكن مؤهلات المقاول الشخصية أو إمكاناته محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، ولكن يجوز لرب العمل إنهاؤه إذا لم تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل).

وقد حددت المادة ٦٨٧ حقوق والتزامات كل من رب العمل والمقاول حيث نصت على أنه (١- إذا انتهت المقاولة بموت المقاول استحق ورثته من المقابل بنسبة الأعمال التي تم تنفيذها وذلك دون إخلال بحقهم في قيمة ما تخلف في موقع العمل عند موت المقاول من مواد، إذا كانت صالحة لاستعمالها في إتمام العمل. ٢- ولرب العمل أن يطالب بتسليم المواد الأخرى التي تم إعدادها والرسوم التي بدئ في تنفيذها، على أن يدفع عنها مقابلا عادلاً . ٣- وتسري هذه الحكام أيضاً إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا دخل لإرادته فيه).

ويقابل هذين النصين في التقنيات المدنية الأخرى المادتين ٦٦٦، ٦٦٧ من التقنين المدني المصري والمادتين رقمي ٦٣٢، ٦٣٣ من التقنين المدني السوري والمادتين رقمي ٦٦٥ ،٦٦٦ من التقنين المدني الليبي رقمي ٨٨٨، ٨٨٩ من التقنين المدني العراقي.

وطبقاً لتلك النصوص يدق التمييز بين حالتين ، الأولي عند موت المقاول الأول - والتي نحن بصددها - أن تكون مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار في التعاقد وهي التي يترتب عليها انتهاء المقاولة بقوة القانون بمجرد موت المقاول حيث تنفسخ المقاولة من تلقاء نفسها في هذه الحالة ولا يستطيع ورثة المقاول الاستمرار في تنفيذها كما لا يستطيع رب العمل أن يجبر هؤلاء

الورثة على الاستمرار في التنفيذ، أما الثانية وهي التي لا تكون فيها مـؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار عند التعاقد مثل الأعمال البسيطة أو التي لا يقتضي انجازها مهارة فنية خاصة ويستطيع أن يقوم بها أي شخص ففي هذه الحالة لا تنفسخ المقاولة من تلقاء نفسها بحكم القانون وإن كان يجوز لكل من رب العمل أو ورثة المقاول طلب الفسخ وللقاضي تقدير هذا الطلب والحكم فيه بالإجابة أو الرفض.

وإذا انتهت المقاولة من تلقاء نفسها طبقاً للحالة الأولى والتي نحن بصددها لأن المقاولة كانت قد قامت على اعتبار مؤهلات المقاول الشخصية ترتب على ذلك انقضاء الالتزامات التي أنشأها عقد المقاولة في جانب كل من رب العمل أو المقاول لإنتهاء العقد بموت المقاول(د. محمد لبيب شنب – أحكام عقد المقاولة – فقره ١٥١ ص ١٨٥).

والأمر يكون واضحاً جلياً إذا كانت وفاة المقاول قد وقعت قبل قيامه بتنفيذ أي من بنود عقد المقاولة حينئذ ينتهي العقد ولا يرجع أيٌ من رب العمل أو ورثة المقاول على الآخر بشيء، أما إذا كانت الوفاة بعد بدء التنفيذ وقيام المقاول بإنجاز جزء من العمل أو انفق مصروفات أو بذل مجهوداً فيلتزم رب العمل حينئذ– مع انتهاء عقد المقاولة– وطبقاً لنص المادة ٦٨٧ من التقنين المدني الكويتي :(يرد لورثة المقاول مقابل ما تخلف عند وفاته بموقع العمل من مواد صالحة للاستخدام في انجاز وإتمام عقد المقاولة)هذا على عكس ما ورد بالتقنين المدني المصري طبقاً لنص المادة ١/٦٦٧ التي نصت على أنه:

(١– إذا انقضى العقد بموت المقاول ، وجب على رب العمل أن يدفع للتركة قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق لتنفيذ ما لم يتم ، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليه من هذه الأعمال والنفقات).

فالنص كما نرى يطبق مبدأ الإثراء بلا سبب فيلزم رب العمل عند انتهاء عقد المقاولة بأن يرد لورثة المقاول أقل القيمتين قيمة ما أنفقه المقاول في الأعمال التي قام بإتمامها أو مهد لها أو قيمة ما أفاد به رب العمل من هذه الأعمال.(السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – فقره ٧ ص ٣١٩ وما بعدها).

تلك هي أسباب انقضاء أو انتهاء عقد المقاولة سواء كانت نهاية طبيعية بتنفيذ العقد أو غير طبيعية لانقضائه قبل إتمام التنفيذ.

المراجع

١- د.قدري عبدالفتاح الشهاوي ، عقد المقاولة في التشريع المصري المقارن منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٢

٢- إبراهيم سيد إبراهيم ، العقود الواردة على العمل(عقد المقاولة) منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٣

٣- د. مصطفى عبدالسيد الجارحي ، عقد المقاولة من الباطن ، دار النهضة العربية ١٩٨٨

٤- د. محمد حسين منصور ، المسئولية المعمارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٣

٥- د. محمد لبيب شنب، أحكام عقد المقاولة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤

٦- د. عبدالرازق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الناشر النهضة العربية ١٩٨٩

٧- علاء الدين زعتري ، ينظر: النقود، وظائفها الأساسية وأحكامها الشرعية ،دار قتيبة، دمشق، سورية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/١٩٩٦م، ص ١٣٣-١٣٤ .

٨- د. عبدالحميد محمود البعلي، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الشرق، الدوحة، قطر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى ١٩٨٥م ص٩-١٠.

٩- أ.د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته الدار الفكر، دمشق، سورية، تصوير ١٩٨٧ م عن الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م ٧٨/٤.

١٠- عبدالسميع المصري ، المصرف الإسلامي علمياً وعملياً دار التضامن للطباعة، مكتبة وهبة، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/١٩٨٨م ص٧٣.

١١- د.عبدالحميد محمود البعلي ، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي ص١١.

١٢- ضبط وترقيم د. مصطفى البغا ، صحيح البخاري مؤسسة القرآن عجمان، اليمامة، دمشق، دار ابن كثير، الطبعة الخامسة ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، في كتاب الأيمان(٢) باب: علامة المنافق (٢٣)، حديث رقم (٣٣)، ٢١/١.

١٣- بطي، بتحقيق وضبط عصام الصبا ، حازم محمد، عماد عامر، صحيح مسلم بشرح النووي دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/١٩٩٤م، في كتاب الأيمان (١) باب بيان خصال المنافق (٢٥)، حديث رقم(٥٩-١٠١)،١/٣٢٢.

١٤- الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ،لبنان، د.ت، في كتاب الإيمان (٤١)، باب ما جاء في علامة المنافق(١٤)، حديث رقم (٢٦٣١)، ١٩/٥، وقال حديث حسن غريب.

١٥- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان ابوحاتم البستي، مراجعة شعيب الارناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م، حديث رقم (٢٥٧)، ١/ ٤٩٠.

١٦- سنن النسائي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،د.ت، في كتاب الإيمان وشرائعه، باب علامة المنافق،١٠٢/٨.

١٧- مسند الإمام احمد بن حنبل أبي عبدالله الشيباني، الطبعة المصححة والمفهرسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية،١٤١٤هـ/١٩٩٣م، حديث رقم (٨٦٧٠)،٣٥٧/٢.

١٨- السنن الكبرى، النسائي، مراجعة د.عبدالغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ/١٩٩١م، حديث رقم (١١١٢٧)، ٣٢٩/٦.

١٩- سنن البهيقي الكبرى، احمد بن الحسين، مراجعة محمد عبدالقادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة١٤١٤هـ/١٩٩٤م، حديث رقم (٤٠٩٨)،١٦٣/٧.

٢٠- مسند أبي يعلي، احمد بن علي الموصلي، مراجعة سليم حسين أسد، دار المؤمن للتراث، دمشق ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م، حديث رقم (٤٠٩٨)،١٣٦/٧.

٢١- ينظر: لسان العرب ، ابن منظور، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ/١٩٩٣م.

٢٢- أ.د. وهبة الزحيلي ، ينظر: الفقة الإسلامي وأدلته ٨٠/٤.

٢٣- أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ، شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق بمصر، الناشر دار صادر ببيروت، الطبعة الأولى ١٣١٦هـ،٥/٧٤.

٢٤- مصطفى احمد الزرقا ، ينظر: المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد مطابع ألف باء الأديب، دمشق، الناشر دار الفكر، الطبعة التاسعة،١٩٦٧م، ١٩٦٨م، .

٢٥- ينظر: العقود المسماة، البيع، المقايضة، الإيجار، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي،أ.د.محمد الزحيلي، الأستاذ بكلية الشريعة، جامعة دمشق ، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، ١٤١٤هـ-١٤١٥هـ /١٩٩٣م-١٩٩٤م،١٣.

٢٦- تحقيق الدكتور عبدالغفار سليمان البنداري ، ينظر: المحلي بالآثار، الإمام علي بن احمد ابن حزم الأندلسي دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت .

٢٧- د. سليمان مرقص المدخل للعلوم القانونية القاهرة ١٩٦٧

٢٨- د.محمد كامل مرسي العقود المسماه/عقد المقاولة القاهرة ١٩٥٣

٢٩- د.منصور مصطفى منصور مذكرات في أصول القانون القاهرة ١٩٩٠/١٩٨٩

٣٠- د.جابر محجوب علي قواعد أخلاقيات المهنة مجلة الحقوق -الكويت السنة٢٢ ١٩٩٨

References :

@RISK: Risk Analysis and Modeling User's Guide, Palisade, Inc. , Newfield, New York, 1992.

Crystal Ball Decisioneering, Inc., Boulder, Colorado, 1992.
Curran, M.W.: "Range Estimating," Cost Estimating, No. 3, Vol. 31, March 1989, 18-26.

Curran, M.W.: "Range Estimating Reduces Iatrogenic Risk," Proceedings, American Assoc. of Cost Engg., Boston, Mass., June, 1990, k.3.1-k.3.3.

Diekmann, James E., Sewester, E.E. & Taher, K.: Risk Management in Capital Projects, University of Colorado at Boulder, Oct. 1988.

Hackney, J.W.: "Applied Contingency Analysis," AACE Transactions, 1985, B.2.1-B.2-4.

Fletcher, William R.: Utility Cost Estimating, Transactions of AACE International; Morgantown; 1996.

Moselhi, Osama: Risk Assessment and Contingency Estimating, Transactions of AACE International; Morgantown; 1997.

Parr, Ian B.: A Realistic Approach to Risk, Transactions of AACE International; Morgantown; 1997

Patrascu, Anghel: Construction Cost Engineering Handbook, Marcel Dekker Inc., 1988 .

Popham, Kimberly: Cost Estimating Using Historical Costs, Transactions of AACE International; Morgantown; 1996.

Smith, Robert J.: Allocating Construction Risks: What, Why, How, and Who? Website: http://www.schinnerer.com/Allocate.htm

Thompson, Peter & John Perry: Engineering Construction Risks; Thomas Telford, London; 1992.

Touran, Ali, Paul J. Bolster & Scott W. Thayer: Risk Assessment in Fixed Guideway Transit System Construction,

website: http://www.fta.dot.gov/fta/library/planning/SSW /ssw.html.

Transactions of the American Association of Cost Engineers; Morgantown; 1992.

Tusler, Robert: Project Risk Management, website: http://www.cix.co.uk/~rtusler/project/ .

Whitecotton, Danny J. & McPherson, Brett M.; Reducing Construction Risks Through Project Controls, American Association of Cost Engineers

Wideman, R. Max: Project and Program Risk Management, Project Management Institute, Drexel Hill, Pa., 1992.

Zentner, Randal S.: Accurate Estimates Start With Clear Pictures, Transactions of AACE International; Morgantown; 1996.



الفهرس